This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

HUNGARY

PRINTED IN HUNGARY

P. 6 -

# A MAGYAR POLGÁRI PERES ELJÁRÁS ALAPTANAI.

## (A PERBELI CSELEKVÉNYEK TANA.)

IRTA

Dr MAGYARY GÉZA

KIR. JOGAKADÉMIAI TANÁR NAGYVÁRADON.

PRINTED IN HUNGARY

BUDAPEST.

FRANKLIN-TÁRSULAT

MAGYAR IROD. INTÉZET ÉS KÖNYVNYOMDA

1898.

FORTY

M

APR 17 1933

FRANKLIN-TÁRSULAT NYOMDÁJA.

# ELŐSZÓ.

Könyvem czélja a polgári perjog legnehezebb kérdései iránt tájékozást nyujtani. E kérdések: a per s a perbeli cselekvények fogalma és jogi természete, továbbá az, hogy a per az egyes cselekvényekből miként jön létre, miként foly le, mi módon nyer befejezést és orvoslást? Erős a meggyőződésem, hogy csak akkor, ha mindezen kérdésekkel tisztába jöttünk, vagyunk képesek a tételes törvényeket kellően megérteni és czélszerűségüket megitélni. Ama kérdések megoldása nélkül perjogi ismereteink legfölebb csak azokra a felszinen úszó jelenségekre fognak szorítkozni, a melyeket a puszta szövegmagyarázat nyujt. És még kétes, vajjon ez a sekélyes ismeretünk is az alapelvek megértése nélkül helyes-e? Bizonyára mindenki osztozik abban a nézetemben, hogy perjogi tudományunknak ennél mélyebb és biztosabb alapon kell nyugodnia.

A perjog alapelveinek kifejtésénél első sorban a magyar jogra voltam tekintettel s ennek a könyv czímében is kifejezést adtam. Főfeladatomul ugyanis annak kifejtését tüztem ki, hogy a perjog egyes alapelvei a mi jogunkban minő alkalmazást nyernek. A jelenleg érvényben lévő jog mellett kiváló figyelmet fordítottam perjogunk végleges reformjára, s így különösen arra a hivatalos tervezetre, a melyet az igazságügyi miniszter megbizásából *Plósz Sándor* készített, s mely még 1893-ban jelent meg. E munkálatra legtöbb helyen mint tételes jogunkkal egyenrangú forrásműre hivatkoztam. Tehettem ezt annál inkább, mert annak legfőbb rendelkezései az 1893 : XVIII. t.-cz.-ben törvényerőre emelkedtek, s nem valószinű, hogy a törvény-

hozásnak a végleges perrend megalkotásánál azoktól eltérni, oka lehetne. Különös figyelmet fordítottam továbbá, egyrészt a történeti alap, másrészt az idegen jogokkal való összefüggés felderítésére is. Ezen utóbbi körülménynek tulajdonítandó, hogy sűrűn hivatkozom a német és az osztrák perrendre. Ezeken kívül nagyobb gondot fordítottam még a franczia perrendre is, azon átalakító behatásnál fogva, a melyet az kisebb-nagyobb mértékben az európai törvényhozásokra gyakorolt. Részleteket, a melyek az alaptanok megértéséhez nem szükségesek, úgy szintén a bíróságról és a peres felekről szóló tanokat fejtegetéseim köréből kihagytam, czélom kizárólag a *perbeli cselekmények* tanának megismertetése lévén.

Legjobb meggyőződésemet az egyes kérdésekre nézve minden tartózkodás nélkül fejeztem ki. S e tekintetben számos nehézséggel kellett megküzdenem, mert sok eltérő felfogás ellen kellett állást foglalnom. E nehézségeket még az a körülmény is fokozta, hogy könyvem irodalmunkban az első mű, a melyben a perbeli cselekvények alaptanai rendszerbe foglalva, előadatnak.

*A szerző.*

**Rövidítések.**

*Id. T. Sz.* Ideiglenes törvénykezési szabályok.
*N.* Novella, 1881 : 59. t.-cz.
*S. E.* Sommás eljárás, 1893 : 18. t.-cz.
*S. Ü. Sz.* Sommás ügyviteli szabályok.
*T.* Törvénykezési rendtartás, 1868 : 54. t.-cz.
*Terv.* Tervezet.
*Ü. Sz.* Ügyviteli szabályok.
*V. E.* V. eljárás.
*V. T.* Végrehajtási törvény, 1881 : 60. t.-cz.

# ELSŐ FEJEZET.

# ÁLTALÁNOS TANOK.

## 1. §. A polgári per fogalma.

Munkánkat azoknak a jelenségeknek leírásával kezdjük, a melyeket a perben észlelünk, hogy azokból következtetés útján levezethessük a per fogalmát.

A perben mindenekelőtt egy személy, a kit *felperesnek* nevezünk, az állam bírósága elé bizonyos tények alapján kérelemmel, keresettel fordul az iránt, hogy az ő és egy másik személynek, kit *alperesnek* hívunk, cselekvését egy bizonyos magánjogi viszonyra vonatkozólag határozza meg. E kérelem folytán a bíróság az alperesnek megparancsolja, hogy nyilatkozzék, mit tart a kérelem felől: vajjon azt a tényt, a melyen a kérelem alapszik beismeri-e, azt tagadja-e vagy pedig a kérelem ellen kifogással él-e? Ha az alperes nem nyilatkozik, reá azt a következményt hárítja, hogy a kereset alapját képező tényt valónak tekinti. Ha az alperes kifogással él, azaz, ezt röviden körülírva, hogy a kérelem teljesítése ellen nyilatkozik, a nélkül, hogy az alapját képező tény valódiságát kétségbe vonná: a bíróság ismét a felperesnek hagyja meg, hogy a kifogásra, a fentebbi módok valamelyike szerint nyilatkozzék, mert különben az alperes kifogását valónak venni s a felperes kérelmét esetleg elutasítani fogja. Ha a felperes a maga részéről kifogással él, ismét az alperest terheli további nyilatkozás a fentebbi módok szerint és azon következmények terhe alatt. Ha már az alperes élt a kereset alapját képező tény ellen tagadással vagy a felperes tagadja az alperes kifogását és így tobább, a bíróság a tagadott tényt nem fogja valónak venni. Hogy ez be ne következzék, az egyik félnek,

a kit a törvény, esetleg a bíróság kijelöl, a bíróságot kérnie kell arra, hogy a tagadott tények valódiságáról más tények útján, a melyeket bizonyos tárgyakon vagy személyeken észlel s melyeket a fél ebből a czélból megnevez, győződjék meg. Ezek alapján a bíró határoz; azaz vagy meghatározza a felek cselekvését a jogviszonyra nézve, mint azt a felperes kéri vagy pedig a felperes kérelmét elutasítja. Mind a két esetben a feleknek a bíróság határozatához alkalmazkodniok kell. Ha azonban valamelyik fél a bíróság ezen határozatával megelégedve nincs, rendszerint egy másik, esetleg még egy harmadik bírósághoz fordulhat, mely a felperes keresete fölött végérvényesen határoz.

Ezen, csak a per lényegét kitevő jelenségekből mindenekelőtt az tünik ki, hogy a perben a felek az állammal vannak jogviszonyban, mely a felekre nézve lekötelezési, az államra nézve pedig jogosítványokat tartalmazó viszony. Ha az államnak módjában áll a feleket hátrányos jogkövetkezmények terhe alatt nyilatkozásra szorítani, ha cselekvésüket egy jogviszony tekintetében olykép meghatározza, hogy e meghatározást követniök kell: akkor kétségkívül, az állam egy a felek fölé rendelt hatalom, a melylyel szemben őket a perben és abból folyólag kötelezettség terheli. Ezen jogviszony alapját pedig az képezi, hogy a bíráskodás, vagyis annak kötelező meghatározása, hogy a feleknek egy bizonyos magánjogi viszony tekintetében mi a cselekvőségük — az államot megillető *felségjog*. E jog, mint ez kétségen felül áll, egyenesen az állam fogalmából foly. A bírói hatalom gyakorlását az állam létérdeke parancsolja. Ez okból nem engedheti meg, hogy cselekvősége határait másokkal szemben mindenki önként szabja meg, de azt sem, hogy azt tőle különböző közeg tegye, mert ekkor ez volna az állam; hanem az államnak, mint a legmagasabb földi hatalomnak ezt saját magának kell tennie, s ezért úgy határozza meg jogviszonyát az egyesekhez, hogy cselekvőségüket jogviszonyaik tekintetében csak ő állapíthatja meg. Ez a functió az állam legelemibb ténykedése, az állam csak attól a pillanattól kezdve állam, hogy elég hatalommal bir eme functió végzésére. Az állam csak akkor tökéletes, ha az egyesek cselekvőségét jogviszonyaik tekintelében egyedül ő maga állapítja meg. E tökélyre az államok csak igen hosszú és küzdelmes fejlődés után jutottak.

Miután a felek a bírói felségjog alapján jutnak a perben az államhoz jogviszonyba: következik, hogy ama jogviszony *közjogi*

*természetű*, mert a bírói felségjog gyakorlása is ilyen. A közjogi viszony ugyanis mindig egy oly jogviszony, a mely az államnak, mint mindenki fölött álló személyiségnek viszonyát saját tagjaihoz határozza meg. E jogviszony mindig két egyenlőtlen tényezőnek az államnak és tagjainak jogviszonya, a melyben az előbbi fölé, az utóbbiak pedig alá vannak rendelve s a melyből jogosultság csak az előbbit illeti, kötelezettség pedig csak az utóbbiakat terheli. Az államnak mulhatlan szüksége van saját tagjainak erejére, ennélfogva azt saját részére belátása szerint felhasználja, s e czélból tagjait önmagával szemben alárendeltségi viszonyba hozza, vagyis reájuk kötelezettségeket ró. Innen van az, hogy közjogi jogviszonyban szükségképen az állam a jogosult, az egyesek pedig a kötelezettek. A mennyiben mégis a félnek az állam ellen közjogi jogosítványáról beszélünk, annak, mint a 7. §-ban kifejtjük, egészen más az értelme.

Hogy a felek a perben is ezen alárendeltségi viszonyban állanak az államhoz, az legvilágosabban kitünik azon joghátrányokból, a melyeket az állam ahhoz fűz, ha a felek bizonyos cselekvényeket nem teljesítenek. Itt csak a leginkább szembetűnő eseteket tartva szem előtt, ha az alperes a felperes keresetére nem nyilatkozik, régebben őt az állam különféle büntetésekkel sujtotta, most pedig a felperes által felhozott tényeket valóknak veszi s a kereseti kérelem értelmében határoz. Ha pedig a felperes az alperes kifogásaira nem nyilatkozik, a bíróság azokat valóknak fogja venni. Ámde, ha az állam valakinek jogi helyzetét azért, mert egy bizonyos cselekvényt véghez vinni elmulasztott, az ő hátrányára megváltoztatja, ez csak onnan van, mert az elmulasztott cselekvény kötelessége volt. Ha valaki egy cselekvényt, a mely nem kötelessége, elmulaszt, ebből csak az a hátrány éri, hogy jogi helyzete változatlan marad, hogy nem éri el azt az előnyt, a melyet a cselekvény folytán elérhetett volna, és hogy ennélfogva ama előny elérése végett az állam neki segítséget nem nyújt. De nem következhetik be az, hogy a mulasztás folytán az állam közegei ellene tevékenységbe lépnének, vele szemben joghátrányokat alkalmaznának, a melyek őt a cselekvény el nem mulasztása esetében nem érték volna. Ez csak akkor történhetik, ha az elmulasztott cselekvény kötelesség volt. Ezen, az egész perjog megítélésére alapvető megkülönböztetést, munkánk folyamán sokszor fogjuk még alkalmazni; itt előzetes megvilágítására még csak azt

hozzuk fel, hogy egészen nyilvánvaló, mikép az alperes nyilatkozása a keresetre kötelesség, ha az állam a nyilatkozás elmulasztásáért az alperesre büntetést szab. Hiszen kézzelfogható, hogy büntetni csak azt lehet, a ki kötelességet sért. Kevésbé világos ez akkor, midőn az egyik fél nyilatkozásának elmulasztásához az a következmény füződik, hogy a bíró az ellenfél nyilatkozatát, a melyre az előbbi nyilatkozatának történnie kellett volna, valónak veszi. De azért itt is kötelességsértés forog fenn, mert valakivel szemben a nyilatkozás elmulasztása miatt egy más személynek nyilatkozata csak akkor vehető valónak, ha az előbbinek a nyilatkozás kötelessége volt. Ma az állam a nyilatkozás elmulasztásához a perben rendszerint az utóbbi következményt fűzi, mert ez a per könnyebb elbírálására és különösen a bizonyítás megrövidítése czéljából sokkal előnyösebb, de tetemesen nehezíti a per jogi természetének elbírálását.

A perben mindegyik fél az állammal külön-külön áll közjogi viszonyban, mint az e jogviszony tartalmából kitünik. E tartalom elemzésébe itt nem bocsátkozhatunk, mert már előzetesen sok oly kérdést kellene érintenünk, a melyeket csak később lehet tárgyalnunk, de mégis megvilágításul felhozzuk a következőket. Ha az alperes tartozik az állam bírósága előtt a felperes keresetére és ismét a felperes az alperes kifogásaira nyilatkozni, ha mindegyik fél tartozik azon határozathoz alkalmazkodni, a melyet az állam bírósága kimond: kétségtelen, hogy mindegyik félnek külön-külön kötelezettsége forog fenn. A mi ennek felismerését nehezíti, ez az a körülmény, hogy mindegyik fél kötelezettsége a perben, a másik fél egy bizonyos kérelmétől, illetve nyilatkozatától van *feltételezve*. Az alperest az állam csak azért kötelezi perbe bocsátkozni, mert a felperes ezt keresetében kérte és viszont a felperesre a perből csak annak folytán állanak elő kötelességek, mert az alperes a perbe bocsátkozott. Ez onnan van, mert az állam czélszerűnek találja bírói hatalmát a magánjogi viszonyok tekintetében nem hivatalból, azaz saját kezdeményezésére gyakorolni, hanem mindig csak az egyik fél kérelme folytán és mert a felek cselekvését a magánjogi jogviszony iránt soha sem határozza meg egyoldalúlag az egyik fél kérelme alapján, hanem csak azután, hogy a másik felet is meghallgatta. E körülmény folytán a per a felek és bíróság *egymástól feltételezett* cselekvényei által jön létre és foly le. A felek cselekvényei, melyektől a bíróság

eljárása függ, nem mind birnak egyenlő jogi természettel, mint ezt a 7 §-ban részletesen kifejtjük. Itt csak azt kell kiemelnünk, hogy az a körülmény, mikép mindegyik félnek lekötelezése a perben az állammal szemben, a másik félnek bizonyos cselekvényétől függ, azt a látszatot kelti, mintha a per a feleknek is jogviszonya volna és mintha az a feleknek és az államnak egységes jogviszonya lenne.

A per azonban nem lehet egy egységes jogviszony, mert abban a két fél különböző tartalmú, habár egymásra vonatkozó teljesítésekre van kötelezve. Különböző tartalmú lekötelezés azonban csak különböző tényeken alapulhat, különböző tényeken való lekötelezés ismét különböző jogviszonyokat szül. Három személy közt ennélfogva csak akkor állhat fenn egységes jogviszony, ha kettőnek viszonya egy harmadikkal szemben egy és ugyanazon tényen alapul és ugyanazon tartalommal bír. A per továbbá jogviszony csak az állam és a felek mindegyike közt, nem pedig jogviszony egyuttal a felek közt vagy csak a felek közt. A per nem jogviszony a felek közt, mert a perben bírói hatalom gyakorlása alapján támad a jogviszony; a felek azonban ez alapon jogviszonyban nem állhatnak, mert egyiknek sincs bírói hatalma a másik ellen. Csak a felek cselekvényeinek kölcsönhatása szüli azt a látszatot, hogy a felek a perben egymással jogviszonyban vannak. Igy pl. ha azt látjuk, hogy az alperes a perben a felperes keresete folytán tartozik nyilatkozni, nagyon könnyen juthatnánk arra a következtetésre, mintha az alperes a felperesnek tartoznék nyilatkozni. A per azonban szolgálhat okul, illetve alkalmul arra, hogy a felek közt, nem is közjogi, hanem magánjogi jogviszonyok jöjjenek létre. Igy a vesztes fél a nyertes félnek a perköltségeket megtéríteni tartozik vagy pedig a felek a per folyamán egyezséget köthetnek; sőt még peren kívül egyes perbeli cselekvényeknek mikénti végbezvitele iránt szerződhetnek is. Ezeket azonban jól kell megkülönböztetni a feleknek perbeli jogviszonyától az államhoz.

Félreértések kikerülése végett egész nyomatékosan kell hangsúlyoznunk, hogy a perben jogviszony csak az állam s mindegyik fél között, nem pedig a bíróság, illetve a bírák, a kik által az állam bírói felségjogát gyakorolja, és a felek közt jön létre. Ez ma már általában el van ismerve, s így nincs is semmi veszély abban, hogy az államot helyettesítőleg a bíró vagy bíróság kifejezés használtatik; olykor mi is ezt fogjuk tenni. A bíró hivatali állásánál fogva

az államnak van leköteleze s ha a perben nem az állam akarata t. i. a tételes jogszabályok értelmében jár el, kötelességét csak az állammal s nem a felekkel szemben sérti. Igaz, hogy a bíró a feleknek a helytelen eljárás vagy az eljárás megtagadása által okozhat hátrányt. Ezt azonban az állam rendszerint olyképen hárítja el, hogy más közegeket rendel az elbírálásra, a kik elé a felek a hátrány orvoslása végett járulhatnak. A felek jogviszonyán az államhoz ekkor sem történik változás. Kivételes esetekben azonban az állam az okozott sérelem orvoslását más bíróságok által megtagadja, a midőn többször megtörténik az, hogy az okozott kárért a magánjogi felelősséget vagy magára vállalja vagy pedig azt a sérelmet okozó bíróra hárítja. Ez utóbbi esetben létre jön ugyan jogviszony a bíró és a fél között; de ez nem köz- hanem magánjogi viszony, a mely ennélfogva lényegesen különbözik a perbeli jogviszonytól, mely utóbbi az előbbinek csak keletkezési okául szolgál.

A per mindig a feleknek közjogi viszonya az államhoz abból a czélból, hogy az állam a felek cselekvését egy magánjogi viszony tekintetében határozza meg. Ez azért van, mert a polgári perben csak a felek egymásra vonatkozó cselekvésének meghatározásáról van szó. Ez a cselekvés csak egy magánjogi jogviszonyon alapulhat, miután a felek egymásmellé rendelt személyek. A polgári perben nincs annak meghatározásáról szó, hogy a felek alárendeltségi viszonyuk alapján az államnak mivel tartoznak; azaz nincs szó arról, hogy mi a felek cselekvése egy közjogi viszony alapján, kivéve, a mennyiben épen a felmerült, perbeli jogviszonyról van szó. Egyébként egy közjogi jogviszony elbírálása csak mellékesen vonható be egy polgári perbe, a mennyiben egy közjogi viszony magánjogi jogviszonyok keletkezésének előfeltételét képezi. Nem mulhatlanul szükséges azonban, hogy az elbírálandó magánjogi viszony a feleknek egymás közötti jogviszonya legyen, vagyis olyan, a melyből az egyik fél a másiknak valamivel tartoznék: hanem lehet olyan jogviszony is, a mely az egyik peres fél és a peren kívül álló harmadik személy közt áll fenn, a mint ez az u. n. megállapítási pereknél (20. §.) számos esetben előfordul. Végül nem szükséges az, hogy a magánjogi viszony, a melyre nézve a felek cselekvése meghatározandó vitás legyen, vagyis hogy az alperes a per bevont magánjogi viszonyt tagadja vagy ellene kifogásokkal éljen. A per akkor is létre jön, ha az

alperes a perbe vont magánjogi jogviszonyt beismeri. A per czélja ugyanis az, hogy a felek cselekvése egy bizonyos magánjogi viszonyra nézve köztekintély mellett meghatározva legyen, ugy, hogy a köztekintélyű meghatározás a felek jövő cselekvésének kötelező szabályát képezze. Az ilyen természetű meghatározás a felperesnek érdeke, nemcsak akkor, midőn az alperes ama jogviszonyt vitatja, hanem akkor is, midőn azt beismeri. Ez a körülmény tehát a per fogalmára semmiféle befolyással nem lehet.

És most mindazok alapján, a miket kifejtettünk, meghatározzuk a per fogalmát. *A per két, egymástól feltételezett közjogi viszonyból áll az állam és mindegyik peresfél közt, a melynek alapján az állam egyik fél kérelme folytán s a másik meghallgatása után a felek cselekvését egy bizonyos magánjogi viszony tekintetében meghatározza.*

E fogalommeghatározás bővebb megvilágítása czéljából az alábbiakban mindenek előtt szemügyre kell még vennünk azon többi eljárásokat, a melyek a bíróság előtt lefolynak vagy a melyek általában a per alakszerűségei közt mennek végbe, a nélkül, hogy per volnának s keresnünk kell azt a különbséget, a mely közöttük és a per közt fennáll; azután elemeire, a perbeli cselekvényekre kell felbontanunk a pert s meghatározásunk helyességét azokon is kipróbálnunk; végül meg kell ismertetnünk a perről eddig kifejtett különböző nézeteket is. E legutolsó különösen azért szükséges, mert ha ismerjük azokat a tévedéseket, melyekbe sokan a per fogalmának meghatározásánál estek, ez megment hasonló hibáktól és tájékozásul szolgál arra nézve, mely uton lehet a helyes megoldáshoz jutnunk.

## 2. §. A pertől különböző eljárások. *A)* Végrehajtás.

A bíróság magánjogi viszonyok iránt más esetekben is eljár, nemcsak akkor, midőn a felek arra vonatkozó cselekvésének meghatározásáról van szó, de eljárása ekkor is sokszor a per formái között foly le; továbbá a bíróság sokszor a per alakszerűségei közt jár el, a nélkül, hogy eljárásának tárgyát egy magánjogi viszony képezné; és végül sokszor más és nem az állam határozza meg a per szabályai szerint a felek cselekvését egy magánjogi viszonyra nézve. Azonban ezen eljárásoknak egyike sem per, habár azzal szorosan összefüggnek vagy ahhoz nagyon hasonlíta-

nak is. Szükséges ezeket itt megvilágítanunk, hogy a per lényegét annál jobban megérthessük.

A bíróság kényszer utján érvényesiti a hitelező jogosítványát az adós ellen, a mennyiben ez önként nem teljesít, a nélkül, hogy őt előzetesen meghallgatná. Ezen eljárás a végrehajtás. Ennek előfeltétele azonban, hogy a hitelező jogositványa az adós ellen *kétségtelen* legyen. Kétségtelennek pedig akkor szokás tekinteni, ha a hitelező azt a végrehajtási kérelem előterjesztésekor oly közokirattal bizonyítja, melyet az állam végrehajthatónak elismer, vagyis alkalmasnak arra, hogy annak alapján az adós ellen a kényszer kifejthető legyen. Ezek közé igen különböző közokiratok tartoznak; (v. ö. V. T. 1. §.) melyek közül kétségkívül a legfontosabb, mert leggyakoribb, a birói itéletről készített közokirat vagy röviden mondva, *birói itélet*. Legtöbbször ugyanis a hitelező jogosítványa az adós ellen már a jogviszony keletkezése alkalmával, nem foglaltatik végrehajtható közokiratba. Ha most a hitelező abba a helyzetbe jut, hogy jogosítványát az adós ellen kényszer útján kell érvényesíttetnie, előzőleg ilyen közokiratot be kell szereznie. Miután pedig az adós annak kiállításánál közreműködni nem hajlandó, igy ki van zárva annak a lehetősége, hogy a hitelező azt a peren kívül szerezhesse meg. Nem maradt tehát egyéb hátra, mint hogy a hitelező az adós ellen pert indítson, melyben a bíróság itélettel meghatározza, mi a felperes jogosítványa az adós ellen s a bíróság ezen itélete alapján fogja a hitelező az adós ellen a végrehajtást foganatosíttatni. Világos ebből, hogy a per a felperes jogosítványának végrehajtását rendszerint megelőző eljárás, mely abból a czélból szükséges, hogy a hitelező jogosítványát az adós ellen végrehajtás utján érvényesíthesse. A két eljárás ezen rendszerinti viszonya az egymásután következésnek ismét azt a látszatot kelti, mintha a pernek a végrehajtást mindig meg kellene előznie s mintha a végrehajtás a pernek csak folytatása, *alkatrésze* volna. Pedig egyik sem áll. Mint ez köztudomású, a pernek nem kell mindig a végrehajtást megelőznie, mint pl. akkor, midőn a hitelező végrehajtató közjegyzői okirat alapján foganatosíttatja a végrehajtást; továbbá nem is czélja minden pernek a végrehajtást lehetővé tenni, mint ez a megállapítás iránt (l. 20. §-t) indított pereknél történik. Másfelől, ha még állana is az, hogy a végrehajtásnak mindig a per után kell következnie, még akkor sem lehetne mondani azt, hogy a végrehajtás alkatrésze a

pernek, mert az előbbiben egészen más természetű tevékenységről van szó, mint az utóbbiban. Egészen más az adós ellen a teljesítés czéljából kényszert gyakorolni, mint az adóshoz a teljesítés iránt parancsot intézni, s így nem is mondhatjuk azt, hogy a végrehajtás alkatrésze a pernek. Ennélfogva a végrehajtás egészen a per körén kívül eső eljárás, a mit azonban rendszerint nem szokás felismerni.[1] Nem szabad azonban felednünk, s ez a fentebbiekből is kitünik, hogy a pernek nincs önálló rendeltetése, hogy a per mindig csak *eszköz* egy más czél elérésére. E czél rendszerint az, itt csak ezt tartjuk szem előtt, hogy jogosítványunkat az adós ellen végrehajtás utján is érvényesíthessük. De miután a kényszer gyakorlása csak akkor lehetséges, ha jogosítványunk kétségtelen: ennélfogva szükséges azt, ha az már eleve nem az, ilyenné tenni. Ez pedig csak per utján történhetik. Innen van az, hogy a pert egy általános és mindig valamely más czél szolgálatában álló jogkiderítési eljárásnak szokás nevezni.

## 3. §. *B)* Szinleges perek.

A per, a felek és a bíróság *cselekvényeiből* áll. Hogy melyek legyenek ezek a cselekvények, azt az egyes törvényhozások különbözőképen határozzák meg. Mindenütt azonban a meghatározás közérdekből és a peresfelek érdekeinek hatályos megvédése czéljából történik. Ha ugyanis az állam közegei az állam birói felségjogát csak bizonyos előre megállapított cselekvények utján gyakorolhatják, meg van a biztosíték arra nézve, hogy azok nem fognak az ő birói hatalmával visszaélni; ha továbbá az egyesek az állami jogsegély igénybevétele közül csak bizonyos előre meghatározott cselekvények szerint járhatnak el, meg van a biztosíték nagy mértékben, habár nem teljesen az iránt, hogy nem akkor fogják az állam birói hatalmát igénybe venni, mikor arra szükség nincs.

Szembetünő az állam érdeke, hogy az egyesek, birói felségjogának gyakorlására csak akkor hivják fel, mikor ez érdekökben áll, mert részéről e jog gyakorlása nagy erőkifejtéssel jár, melyet természetesen ott, hol nem szükséges, alkalmazni nem akar. Ezért van, hogy a felek cselekvényei előre meghatároztatnak. Igaz, hogy

[1] Helyesen kifejti a kettő közötti különbséget Plósz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts 135. s k. ll.

ez még nem teljes biztosíték arra nézve, hogy az állam birói hatalma ne fölöslegesen hozassék működésbe; de mindenesetre alkalmas a szembeötlő visszaélések meggátlására. Hogy az állam miért nem fordul szigorúbb eszközökhöz, annak oka az, hogy ne zárjon ki a jogvédelemből védelemre méltó érdeket, a mi könnyen megtörténhetnék, ha az állami jogsegély igénybevételét igen szigorú feltételekhez kötné. Minél tökéletesebben van a perben a közérdek és a felek érdeke megóva a bíróság és a felek előre meghatározott cselekményei által, annál tökéletesebb a per szerkezete.

A perbeli cselekvényeknek kiváló alkalmatossága a kettős érdek megvédésére, előidézte azt, hogy azokat sokszor a per körén kívül is alkalmazzák. Gyakran találkozunk azzal, hogy a perbeli cselekvények, a peres eljárás ott is előfordulnak, a hol nincs per, a hol t. i. nincs arról szó, hogy a felek cselekvése egy jogviszonyra vonatkozólag, múltban történt tények alapján megállapíttassék. A perbeli cselekvényeknek, a peres eljárásnak a per czéljából eltérő czélokra való alkalmazása, nem valóságos per; az csak külsőleg, látszólag az. Ennélfogva azt az eljárást, mely ugyan a per alakszerüségei közt foly le, de a melynek a per czéljától teljesen különböző a czélja: *szinleges pernek* nevezhetjük.

Szinleges per azonban még egy más esetben is előfordul. Az állám a birói hatalom gyakorlásánál a magánjogi viszonyok iránti perekben a felek akarata által korlátolja önönmagát. Csak ritkán történik, hogy az eljárás folyamán a felek akaratát nem venné figyelembe. Az állam azonban a felek akaratához való alkalmazkodásban még tovább megy s általában vagy egyes esetekre megengedi, hogy a felek magánjogi jogviszonyaik iránti cselekvésüket ne az állam bírósága, hanem egy általuk választott biró által állapíttassák meg, a kinek itéletét az állam is joghatályosnak elismeri. E megállapítás azonban, minthogy nem az állam bíróságától ered, egészen más jogi természettel bir, mint az, mely ettől származik. Ennélfogva a *választott biró előtti eljárás,* habár szintén a perben előforduló cselekvények által foly le, nem per, hanem csak szinleg az. És ezen okból azt is, noha nem szokás tenni, a szinleges perek egyik alakjának tekinthetjük, melyekkel itt a fentebbi megkülönböztetés szerint tüzetesebben fogunk foglalkozni.[1]

[1] Részletesen foglalkozik a szinleges perek kérdésével Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsnorm czimű munkájában 233. s k. ll. Azok

I. A perben mindig már korábban, a per előtt megtörtént tényekről van szó, melyeket kideríteni a legelső feladat, hogy azután egy magánjogi viszony létezése vagy nem létezése s ennek alapján a felek cselekvése megállapítható legyen. A per tehát fogalmilag megtörtént tényeknek kiderítése iránti eljárás és soha nem czélja az, hogy a perben történő tények alapján létesítsen, módosítson vagy megszüntessen magánjogi jogviszonyokat s ezekre vonakozó cselekvését határozza meg a feleknek. Más szavakkal a pernek nem czélja, hogy *jogügyletek* kötésére eszközül használtassék fel. Kivételesen azonban megtörténik, különösen a multban találunk erre számos példát,[1] hogy az állam a peres eljárást jogügyleteknek bíróság előtti kötésére is engedi felhasználni. Ekkor az eljárás csak szinleg per s mint ilyen a szinleges pereknek egyik legrégibb alakját képezi. Jogunk azonban a pernek jogügyletek kötésére való felhasználását nem engedi meg, mert arra a czélra, hogy a jogyügylet köztekintély mellett jöjjön létre, ma más alkalmasabb eljárások vannak, melyek gyorsabban vezetnek czélra s olcsóbbak is. Szembetünő példa erre a közjegyzők előtti ügyletkötés.

A szinleges perek ezen első alakjától jól megkülönböztetendő az az eset, midőn a felek a pert egy bizonyos, a biró előtt elrejtett jogi eredmény elérésére használják fel, melyet lehet, hogy más úton is elérhetnének, de a per nekik arra alkalmasabbnak látszik; de lehetséges, hogy azt más módon, mint épen a pernek felhasználása által, elérniök nem sikerülne. Ezt a felek a perben elfogadott rendelkezési és tárgyalási elveknél fogva nagyon könnyen megtehetik. Hogy a felek mit és minő tények alapján kérjenek, az kizárólag belátásuktól függ. A felperes tehát soha meg nem történt tények alapján is kérheti a cselekvésnek egy bizonyos magánjogi viszonyra vonatkozó meghatározását; s ha az alperes ez ellen nem védekezik, a mint azt a felperessel való megállapodás folytán tenni nem is fogja, a biró a felperes kérelmét teljesíteni fogja. A felek tehát közös megegyezéssel a biró elé egy soha meg nem történt tényt, mint megtörténtet állítanak s a biró ez alapon fog

fogalmát azonban sokkal szükebben veszi, mint mi, értvén szükséges per alatt csak azt az esetet, midőn a tételes jog a per formáit jogügyletek kötésére engedi felhasználni.

[1] Így különösen a rómaiaknál az *in iure cessio* szolgált dologbeli jogok átruházására. Gaius: Inst. II. 20—40.

itélni. A felek ezen megállapodásának a biró előtt rejtve kell maradnia. Mert ha a felek kérnék, hogy a biró a peres eljárást a jogügylet létesítése czéljából alkalmazza, ő kérelmüket megtagadni volna köteles. A biró előtt tehát a ténynek mindig mint multban megtörténtnek kell szerepelnie. S itt tünik ki leginkább a különbség a szinleges per s a pernek egy a biró előtt eltitkolt czélra való felhasználása közt. A szinleges pernél a pernek jogügylet kötésére való felhasználása meg lévén engedve, a biró a tényeket mint előtte történőket veszi, a feleknek nem lévén okuk szándékukat a biró előtt titkolni; forditva áll ez a pernek a per czéljától elütő jogi eredménynek az elérésére való felhasználásánál.

Az ilyen per *valóságos per*, hatása is ezzel teljesen megegyező. S így egészen más elbirálás alá esik, mint a magánjogban a szinlelt jogügyletek; nincs is tehát ok arra, hogy *szinlelt pernek* nevezzük, mint azt az irók kivétel nélkül teszik. A szinlelt jogügyletnek az a lényege, hogy a felek mást tüntetnek fel akaratuk gyanánt, mint a mit akarnak. Itt a felek látszólag egy jogügyletet akarnak, de valósággal semmiféle jogügyletet sem akarnak kötni; vagy a felek más jogügyletet akarnak kötni, mint a minőt látszólag megkötnek. Az előbbi esetben a felek közt semmiféle ügylet sem jön létre, az utóbbi esetben az elpalástolt jogügylet létre jön, a menynyiben kellékei a szinlelt ügyletben meg vannak, ez utóbbi érvénytelen lévén. Ha azonban a felek a perben egy jogügyletet szinlelnek, azt elbiráltatják: az eljárás, a perben hozott itélet csakúgy lesz érvényes, mintha a jogügyletet nem is szinlelték volna. Ennek oka pedig az, hogy itt a felek nem a *pert* szinlelik, hanem csak az elbirálandó magánjogi jogviszonyt, tehát a pernek czélját. Ámde a czélnak a szinlelése a magánjogi ügyletet sem teszi szinlelté s így a per sem szinlelt, midőn a felek a per czélja gyanánt olyasmit tüntetnek fel, a mi nem czéljuk, de a mellett a pert akarják. Egyébiránt a szinlelt per nem is lehetséges. Hogy a per szinlelt legyen, ahoz nemcsak a feleknek, hanem a birónak közreműködése is volna szükséges. Nemcsak feleknek, de a birónak is kellene a szinlelésbe beleegyeznie, hogy a per csak látszólag folyjon le, s hogy ennélfogva az egész per érvénytelen legyen. Azonban az állam olyan eljárást, mely czéljánál fogva érvénytelen legyen, nem enged meg. S ennélfogva még akkor is, ha a bíróság is a szinlelésnek részese volna: a per érvényes maradna, annak összes következményei beállanának. Hogy a szinlelő biró hivatali

kötelességet sért, s ellene megtorlásnak van helye, az magától értetődő, de ez egészen más szempont alá esik.

Ezek szerint a per a felek közt a per czélja gyanánt szereplő szinlelt magánjogi jogviszony szempontjából foly le s az itélet egyedül arra való tekintettel emelkedik jogerőre, a feleknek eltitkolt czélja e mellett nem jövén számba. Csak a mennyiben a felek a per czéljául feltüntetett magánjogi jogviszony fölött nem rendelkezhetnek, lehet, tekintettel az eltitkolt czélra, vagy magát az itéletet, vagy legalább az annak alapján történt vagyonátruházást megtámadni. Ezt az utóbbit különösen csőd esetében a megkárosított csődhitelezők tehetik.

Habár az állam a szinleges pereket jogügyletek létesítésére nem engedi felhasználni, mégis megengedi ezt bizonyos *személyállapot-változásoknál,* miután a tapasztalat azt mutatta, hogy bizonyos, a személy állapotában történő változások köztekintélyű megállapítására a per formája igen biztos eszköz. Ezt teszi a mi jogunk is a *holttá nyilvánítás* (T. 522—525., 527. §§., N. 89—91. §§.), *kiskorúság meghosszabbítása és megszüntetése, gondnokság alá helyezés és a gondnokság megszüntetése* (3263/81. sz. ig. m. r.) eseteiben. Azonban ezeknek egyike sem per. Ez ugyanis mindig két személyt tételez fel, a kiknek cselekvése egy bizonyos magánjogi viszonyra vonatkozólag megállapíttatik. De ezekben nem erről van szó, hanem csak arról, hogy bizonyos személy állapotában történt változás közhitelesen megállapíttassék. A magánfél és a gondnok, kik ezen eljárásokban mint ellenfelek szerepelnek, nem peresfelek, hanem az a rendeltetésük, hogy a személyállapot változásának megállapítását minél hatályosabban előmozdítsák. Ugyanazon szabályok szerint foly le, mint az idézett rendelettel szabályozott eljárások, az atyai hatalom megszüntetését kimondó gyámhatósági határozatnak érvénytelenítése iránti eljárás is, bár jogi természetét tekintve, amazoktól lényegesen eltér. Itt ugyanis egy magánjogi viszonyról, az atyának a kiskorúhoz való jogviszonyáról van szó; de az eljárás első sorban még sem erre, hanem a közigazgatási hatóság határozatának hatályon kívül helyezésére irányul. Egy eljárás azonban, melyben egy hatósági intézkedés támadtatik meg, habár ez egy magánjogi viszonyra is irányult, nem polgári per, még ha ennek alakszerűségei közt is foly le. Hasonlóképen csak szinleg polgári per az, midőn ennek szabályai szerint egy *büncselekmény* deríttetik ki, mint ez nálunk

a szerzői jog bitorlása esetében történik, a mennyiben pusztán csak a megbüntetést kéri a sértett fél (1680/84. sz. ig. m. r.).

Itt még csak azt jegyezzük meg, hogy a szinleges pertől jól megkülönböztetendő az az eset, midőn a felek a pernek itélet nélküli befejezése czéljából kötnek a biró előtt ügyletet. Névszerint előfordul ez akkor, midőn a felek *perbeli egyezséget* kötnek. Ez közönséges magánjogi ügylet s a bíróságnak annál való közreműködése nem peres, hanem perenkívüli természetű; nem is köttetik meg perbeli cselekvények alakjában, s így nem is szinleges per. Hogy a bíróságnak a per perenkívüli cselekvényekre szolgáltat alkalmat, az elég gyakran tapasztalható. De fordítva is perenkívüli eljárás nyomán sokszor keletkezik per, s azért az ezt megelőző eljárás nem is per, még csak szinleg sem az, a mennyiben nem a per alakszerűségei közt foly le. Itt csak azt a példát hozzuk fel, hogy a felek a bíróság előtt *egyeztetés* czéljából jelennek meg. Legyen ez az egyeztetés a felek akaratától függő, mint a mi jogunk (S. E. 21. §.) szerint a sommás perben,[1] akár képezze a pernek rendszerinti előfeltételét, mint a franczia jogban, szabályként,[2] másutt csak kivételesen, azért az még nem per, csak azt bevezető perenkívüli eljárás.

II. A különböző perjogok igen tág körben engedik meg, hogy a felek az ügynek eldöntését választott bíróra ruházzák. Azt lehet mondani, hogy a feleknek szabályként választásuk van az állam birói hatalmát vagy a választott biró döntését igénybe venni. Jelenlegi jogunkban ez akkor sincs megengedve, midőn a rendes illetőségtől nincs eltérésnek helye (T. 495. §.), a helyesebb felfogás szerint akkor, midőn a felek a per tárgya fölött nem rendelkezhetnek.[3]

A választott biró döntése mindig két szerződést tételez fel. Az egyik a felek közt jön létre, a kik megállapodnak, hogy ügyüket az állam bírósága helyett egy harmadik személy által döntetik el. A másik a felek és ezen harmadik személy közt, a ki a döntést, tehát a választott birói tisztet magára vállalja. Ez a két szerződés meghatározza a választott biró előtti per jellegét s mely lényegesen

[1] Ugyanígy Terv. 489. §. a járásbiróság, német pr. 471. §., osztr. pr. 433. §. az egyes biró előtti eljárásban.

[2] Franczia pr. 48. s k. §§.

[3] Terv. 656. §., német pr. 851. §., osztr. pr. 577. §.

más mint az állam bírósága előtti per természete. A szerződések magánjogi természeténél fogva, melyek azt létesítik, az egész per nem a *köz-* hanem a *magánjog* körébe esik, nem létesítvén *köz-* hanem csak *magánjogi* viszonyokat, mert egyesek szerződése alapján soha nem jöhet létre a szerződők közt köz- hanem csak magánjogi viszony. Ez a viszony pedig itt létre jön egyrészt a felek közt, melynél fogva kölcsönösen kötelesek magukat a választott biró döntésének alávetni, a mi kizárja azt, hogy akármelyik fél az ügyet az állam bírósága elé vigye, másrészt a felek és a választott biró közt, melynél fogva ez az ügyben köteles eljárni. A választott biró csak kötelezettséget vállal a döntésre, melynek ha eleget nem tesz, a feleknek kártérítéssel tartozik, de nem szerez arra jogositványt, mert ő csak addig biró, míg a felek akarják. A kötelezettség kiterjed arra, hogy a jogviszonyra a *megfelelő jogszabályt* alkalmazza.

Ezen okoknál fogva a választott biró előtti per egészen kívül esik a perjog körén, hanem egészen a magánjog körébe tartozik, egyik alakját képezi a magánjogi szerződéseknek. Ezen még az sem változtat, hogy a felek és a biró a szerződésnél vagy a törvénynél fogva az állam bírósága előtti eljárást követni tartoznak és hogy az állam a választott biró döntésének a jogerős birói itélet hatályát tulajdonitja, hogy esetleg a választott bíróság egyes tagjait az állami bíróság nevezi ki, hogy ez a választott bíróságot működésében támogatja (tanukihallgatás, eskü kivétele stb.) és hogy ezen bíróság itélete ellen felebbvitelnek van helye. Egy jogviszony ugyanis nem szünik meg az által magánjoginak lenni, hogy a jogviszony lebonyolítási módját az állam előírja.[1] Sokkal fontosabb az állam közreműködése a választott birói eljárásban. Ez két oknál fogva állhat elő. Az állam pótolja a fél tevékenységét ott, hol ez azt elmulasztja, habár arra szerződésileg kötelezve van; különösen, ha a fél kötelezettségének, választott birót nevezni, eleget nem tesz. Ha ilyenkor a birót az állam nevezi ki, csak a szerződést hajtja végre; a kinevezés tehát a végrehajtás egy különös alakja. Itt, mint minden végrehajtásnál az állam közjogi fölérendeltsége nyilvánul, a mennyiben a kötelességét teljesiteni vonakodó fél

[1] A N. 75. §-a csak arra az esetre teszi, ha a felek mást ki nem kötöttek. A Terv. 663. §., német pr. 860. §., osztr. pr. 587. §. megállapodás hiányában az eljárás meghatározását a választott bíróra bizzák.

ellen az állami kényszer hatalom érvényesül. A végrehajtás által a magánjogi viszony ezt a jellegét nem veszíti el, így a választott biró iránti szerződés sem. Ha egyik fél sem akar birót nevezni, az állam sem fogja tenni, miután a felek vonakodása a szerződéstől való elállást jelent. Elvesztené a választott biró iránti szerződés jellegét, ha a birót a felek akarata nélkül az állam nevezné ki. Az állami közreműködés másik oka az, hogy olyan ténykedésről van szó, melyet a választott biró nem végezhet. Midőn az állam megengedi, hogy a felek jogviszonyukat a választott biró által intéztethessék el, nem teszi le birói hatalmát a felek és a választott biró kezébe. A birói felségjog lényege: parancsolás, ennek érvényesítésére, ha szükséges, kényszergyakorlás. Ellenben a választott biró döntése csak *vélemény*, az eljárás csak véleményezési eljárás. Ez az oka annak, hogy midőn a választott biró dönt, nem mond olyan itéletet, mint az állam birája, hanem csak a szerződésileg vállalt kötelezettségét teljesíti jogi véleményének nyilvánítása iránt. Ez azonban sokszor csak az által válik lehetővé, hogy egyes személyekhez parancs intéztetik, s ellenük kényszer gyakoroltatik, miért is az állam ezen cselekvényeket maga végzi. Innen van, hogy a tanúk, szakértők kihallgatását, a szemlét az állam birósága foganatosítja, melyhez e czélból vagy maga a választott bíróság (T. 506. §. N. 76. §. Terv. 665. §.) vagy pedig csak a felek fordulnak kérelemmel.[1] Ez a közreműködés az állam részéről nem perbeli, hanem csak perenkívüli cselekvény, mint akár az előleges bizonyitás, miután ez még magában véve még nem a felek cselekvésének meghatározása a jogviszonyra nézve. Ugyanezen szempont alá esik az is, hogy az állam a választott biró itéletének végrehajtását magára vállalja, mert itt is kényszerhatalomról van szó, melyet az állam a választott biróságra át nem ruház.

Nem változtat továbbá a választott biró előtti per természetén az sem, hogy az állam a döntést a jogerejű itélet hatályával ruházza fel.[2] Hogy az ezzel a hatálylyal bír, jelenti egyrészt azt, hogy ellene nincs helye felebbvitelnek, másrészt, hogy az eldöntött jogviszonyt nem lehet ujabb per tárgyává tenni és végül, hogy

[1] Német pr. 862. §.; ugyancsak 861. §-a, a Terv. 664. §-a, az osztr. pr. 588. §-a szerint a választott bíróság önként megjelent tanukat és szakértőket kihallgathat, de azokat meg nem esketheti.

[2] Terv. 670. §., német pr. 866. §., osztr. pr. 594. §. Jelenlegi jogunkban nincs kifejezetten kimondva, de azért a hatály itt is ugyanaz.

végrehajtható. Azonban ennek daczára a választott biró döntése még sem jogerős itélet. Ennek hatályával ama döntés csak a felek akarata folytán bir, a felek ellenkező megállapodásával ama hatály elháritható. A felek a döntést hatályon kívül helyezhetik, mintha nem is hozatott volna, de nem a bíróság itéletét. Ennélfogva a felek a választott biró által eldöntött ügyet ujabb elbirálás tárgyává tehetik akár egy más választott biró, akár pedig az állam bírósága előtt, de ki van ez zárva az állami bíróság itéleténél, ehez a jogerö a felek akaratán kívül fűződik. Az állam más ügyleteknek is a felek akarata alapján a jogerős itélet hatályát tulajdonítja, a nélkül, hogy azokat magánjogi jellegüktől megfosztaná. Szóló példa erre a birói egyezség akár tiszta, akár eskütől feltételezett. (T. 257., 258. §§.). Egyébiránt a törvény minden jogügyletnek joghatályát megállapítja; hogy a választott biró döntésének a jogerős itélet hatályát tulajdonítja, az lényegén nem változtat. A mondottakon felül kitünik az még abból is, hogy a választott bíróság döntése az állam bírósága előtti per utján, bizonyos a törvényben kijelölt esetekben ép úgy érvényteleníthető, mint más magánjogi ügyletek. Hogy ez a jelenlegi jogunk szerint nem az első fokú bíróság előtt indítandó perrel, hanem felebbezés útján a felebbviteli bíróság előtt történik (n. 77. §.), az a dolgon nem változtat; mert itt a felebbvitel csak szinleges, az nem egyéb mint a felsőbb bíróság előtt indított per.[1] A megtámadás czélja az, hogy miután a döntés nem szerződésszerűen történt, a fél annak hatása alól oldassék fel. A kereset nem semmiségi kereset, nem perujítás. A választott biró előtti per nem ujíttatik meg, nem tárgyaltatik ujból, csak a szabálytalon magánjogi ügylet helyeztetik hatályon kívül.[2]

[1] Az újabb jogok szerint az első fokú bíróság előtt indítandó. Terv. 671. §., német pr. 867. §., osztr. pr. 595. §.

[2] A választott bíróságra nézve elmondottak teljesen megegyeznek az általában elfogadott tanokkal. V. ö. Drechsler: Arch. für. civ. Prax. LXII. 433. l. Wach: Handbuch I. 64. l.; Kohler: Gesammelte Beiträge 239. l. A perjogi irók pedig munkáikban fel sem említik a választott biró előtti eljárást, bizonyára azért, mert nem tekintik pernek. Az egész kérdésre nézve l. különösen Mayer: Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung. 1888. Zlinszky: A magyar magánjog mai érvényében, hatodik kiad. (1897) 625. s k. ll. a választott bíróság iránti szerződésről szintén a magánjogi kötelmek közt szól és részletesen megismerteti a választott bíróság eljárását, de a kérdések jogi természete felől nem nyilatkozik.

A választott birói eljárással nem tévesztendő össze az, hogy az állam bizonyos esetekben az ügy eldöntését a felek akarata nélkül is saját bíróságaitól különböző bíróság elé utalja. Az ezen bíróság előtti per teljesen egyenlő az állam bírósága előtti perrel. A birói hatalom ezen átruházása a mi jogunkban is ismeretes és több esetben oly alakban fordul elő, hogy a birói hatalommal felruházott közeg előtti pert a választott biró előtti eljárástól alig lehet megkülönböztetni. Nevezetesen áll ez a tőzsdebíróságok és a vidéki termény- és gabonacsarnokok választott bíróságaira nézve. Ezek ugyanis a N. 94. §-nak *a)* p. alapján a tőzsdén, illetve a gabonacsarnokban kötött kereskedelmi ügyletekből felmerülő perekben kizárólag s a felek akarata nélkül is itélnek, holott a §. többi eseteiben csak a felek szerződése folytán. Világos tehát, hogy az első esetben nem mint választott bíróság, míg ellenben a többiekben mint ilyen járnak el. Továbbá az 1891 : XIV. t.-cz. 76. §-a szerint az ipari és gyári alkalmazottak betegsegélyezése körül a biztosítottak és a segélypénztár közt felmerülő kérdések szabályként a pénztári alapszabály szerint alakitott «választott bíróság» hatáskörébe tartoznak. E bíróság azonban nem választott bíróság, mert a felek egyáltalában nem választják, de még a pénztári alapszabályokat sem ők alkotják egyedül (35. §.).

## 4. §. A perbeli cselekvények fogalma.

A mit az előző §§-ban a perről általában kifejtettünk, beigazolást nyer a perbeli cselekvények elemzése által. Csak ha beható vizsgálat alá vesszük az egyes perbeli cselekvényeket s azokon perjogi elméletünket kipróbáljuk, mondhatjuk, hogy az helyes-e vagy sem. Szükséges tehát a pert alkotó elemeire, a perbeli cselekvényekre felbontani és ezeket külön-külön vizsgálni. Vizsgálódásunkat e részben két irányban fogjuk folytatni. Mindenekelőtt a perbeli cselekvényeket közös tulajdonságaik szerint fogjuk tárgyalni és azok alapján a per szerkezetét összeállítani ; a következő fejezetekben pedig a perbeli cselekvényeket a szerint fogjuk ismertetni, a mint azokra a per menete széttagolódik.

A per a bíróság és felek bizonyos *akaratkijelentéseinek* lánczolatából áll. Ezen akaratkijelentések a perbeli cselekvények.

Ezek a per fogalmánál fogva részben a felek, részben a bíróság cselekvényei. A polgári per ugyanis a felek és a bíróság egy-

mástól feltételezett, kölcsönös közreműködésén alapszik. A kölcsönös közreműködés abból áll, hogy a felek szolgáltatják az anyagot, a biró pedig ezt elbirálja. Ennélfogva a felek cselekvényei az adatok nyujtásából — itt egyelőre csak ezt az általános kifejezést használjuk — a bíróság cselekvényei pedig azok elbirálásából állanak. Azt, hogy valamely magánjogi viszony tekintetében mi a felek cselekvése, az állam hivatalból is megvizsgáltathatná; szabályként azonban nem teszi. Ha ezt tenné, az egész eljárás csak a bíróság cselekvényeiből állana, ezek a felek cselekvésétől semmiképen sem volnának feltételezve. Az ilyen eljárás azonban nem volna per, daczára annak, hogy tárgyát egy a felek közti magánjogi viszony képezi. Ámde az álam czélszerűszégi okoknál fogva a felek közreműködése nélkül azt a jogviszonyt nem birálja el. Az állam sokkal hatályosabban látja a jogrendet megvédve az által, hogy a felek kezdeményezésére bizza annak vizsgálatát, vajjon köztük egy magánjogi viszony fennáll-e vagy sem, mintha ezt hivatalból tenné. Sokszor a félre egy a magánjogi jogviszonynak meg nem felelő állapot sokkal kevésbbé sértő, mint ennek hatósági vizsgálata akarata nélkül. És minthogy a magánjogi viszonyok körüli jogvédelem a közérdek szempontjából is akkor leghatályosabb, midőn az az érdekelt felek akaratával összhangban áll: ennélfogva a legrégibb időktől követett elv, hogy az állam magánjogi viszonyok körül védelmet rendszerint csak a felek akarata folytán nyujt. Innen a polgári per az a fogalmi kelléke, hogy a biró a felek akaratához van kötve és innen lett a felek adatszolgáltatása a felek perbeli cselekvényévé.

Ezen az alapon fogjuk az alábbiakban előbb a felek s azután a bíróság perbeli cselekvényeit általános tulajdonságaik szerint tárgyalni. De már itt kell megjegyeznünk, hogy a peresfelek és a bíróság cselekvényeinek viszonya más-más, a mint különböző czélú perbeli cselekvényekről van szó. A perbeli cselekvények czélja csak ez a három lehet: a pert *elhárítani* vagy a pert *eldönteni* a vagy pedig a pert *orvosolni*. Kivétel nélkül van a biró a peresfelek akaratához kötve, midőn a perbeli cselekvény a magánjogi jogviszony elbirálására irányul; kevésbbé akkor, midőn a cselekvény czélja a per elhárítása vagy orvoslása.

## 5. §. A peres felek cselekvényei.

I. A peresfelek cselekvényeit mint adatszolgáltatást itt első sorban abból a szempontból fogjuk ismertetni, hogy a cselekvény czélja a magánjogi viszonyt elbiráltatni.

Az erre czélzó cselekvények kettőre terjednek ki. Először a felek határozzák meg azt, hogy a biró minő magánjogi jogviszony iránt állapítsa meg cselekvésüket; másodszor ők jelölik meg azokat a *tényeket,* a melyek alapján a megállapításnak történnie kell. Az adatszolgáltatás ezt a kettős irányát *a rendelkezési* és *a tárgyalási elvek* elnevezésével szokás jelölni. A rendelkezési elvnél fogva a fél határozza meg, hogy a bíróságtól mit *kérjen,* (T. 7. §. *a)* 248. §.) és hogy a másik fél kérelmére miként nyilatkozzék. A félnek perbeli cselekvénye a bírósághoz intézett *kérelem,* midőn cselekvényének végczélja, hogy a biró a felek cselekvését a per tárgyát képező magánjogi viszony iránt határozza meg, bár a kérelmek egy része erre nem közvetlenül, hanem csak közvetve irányul. Pl. kérelem tanukihallgatás iránt. A fél perbeli cselekvénye *nyilatkozat,* midőn kijelenti, hogy az ellenfél kérelméről vagy az alább kifejtendő indokolásáról, mit tart. Ez a megkülönböztetés azt, hogy mit kell érteni a rendelkezési elv igazi tartalma alatt élénken megvilágítja. A kérelem is ugyan nyilatkozat, a mint minden akaratkijelentés az, csakhogy egy olyan nyilatkozat, a melynek alapján a fél a bíróságtól egy cselekvényt vár. A kérelem tehát az a nyilatkozata a félnek, a melylyel ez a bíróságot cselekvésre indítja. Ellenben az itt szóban forgó nyilatkozat csak akaratkijelentés arra nézve, hogy a fél az ellenfél kérelméről, illetve ennek indokairól mit tart; azaz tartja-e kérelmét önmagával szemben teljesíthetőnek vagy sem, de e mellett a bíróságot a maga részéről cselekvésre nem hívja fel. Kérelem és nyilatkozás a kérelemre, képezik a rendelkezési elv egyedüli tartalmát.

Minden a bírósághoz intézett kérelemnek *indokoltnak* kell lennie; azaz szükséges, hogy megjelöltessék az az ok, a melynek alagján a fél kér. A bíróság soha nem cselekszik elvont kérelmek alapján, hanem csak olyanok folytán, melyekben a cselekvésre indítás oka meg van jelölve, mert csak ez nyujt biztosítékot arra nézve, hogy a bíróság működése nem vétetik alaptalanul igénybe. A kérelem indokolása mindig bizonyos *tényekre* való hivatkozásból

áll. A kérelem ugyanis mindig egy magánjogi jogviszonyra vonatkozó cselekvés meghatározására irányul, azt pedig, hogy arra vonatkozólag mi legyen a felek cselekvése, csak tények alapján lehet meghatározni, mert jogviszonyok kizárólag csek tények alapján keletkeznek. A bíróságnak tehát azt a *tényt*, a melyből a jogviszony származik, ismernie kell. Ez a tény a legtöbb esetben vitás, ennélfogva szükséges a bírónak még más tényeket ismernie, a melyekből mint okozatokból, ama tényre mint okra következtethet és azokat a személyeket vagy dolgokat is, melyekből ama okozatok hatása nyilvánul. Röviden mondva, mert erről később részletesen lesz szó, a bírónak ismernie kell a *bizonyítási tényeket* és a bizonyítási eszközöket. Miután tehát a fél kérelmének indokoltnak kell lennie: azt a tényt, melyből a jogviszony keletkezett és azokat az eszközöket, melyek ennek bebizonyitására szükségesek, indokolásképen a félnek kell felhoznia. És ez az, a mi a tárgyalási elvnek igazi tartalmát képezi. Áll tehát ezen elv abból, hogy a fél azt a tényt, melyből a jogviszony keletkezett és azokat az eszközöket, melyek annak bizonyítására szükségesek, a kérelem indokolására felhozza. A bíró soha nem vesz más tényt és más bizonyítási eszközöket figyelembe, mint a melyeket a fél felhozott. Csak a kérelmeket kell minden esetben indokolni, ellenben a többi nyilatkozatokat nem mindig. Hogy melyek azok a nyilatkozatok, melyek az indokolást nélkülözhetik, arról később lesz szó; itt csak azt akarjuk kiemelni, hogy a tárgyalási elv a többi nyilatkozatokra csak annyiban nyer alkalmazást, a mennyiben azok indokolása tények és bizonyítási eszközök által szükséges.

Látható ezekből, hogy a rendelkezési és a tárgyalási elvek egy és ugyanazon cselekvénynek különböző részeire vonatkoznak. A rendelkezési elv a kérelmekre és nyilatkozatokra, a tárgyalási elv azok indokolására. Ez a szétválasztás annak a körnek kellő megjelölésére, melyben a felek a perben cselekesznek, nagyon szükséges, s így nem helyeselhetjük azt, hogy sokan azokat a különböző fogalmakat, egy elnevezés, különösen a tárgyalási elv elnevezése alá foglalják.[1]

[1] Helyesen megkülönbözteti és megjelöli, bár más gondolatmenet alapján, a két fogalmat a Terv. indokolása 17. s k. l. A kettőnek helyes megkülönböztetését találjuk Pollak: Gerichtliches Geständniss cz. munkában is 94. l.

II. Kérelem és a kérelemre való nyilatkozás a feleknek a perben szorosan összefüggő cselekvényei, olykép, hogy minden nyilatkozásnak feltételét a kérelem képezi. Nyilatkozni a perben csak kérelem folytán lehet, de ismét minden kérelemre nyilatkozni kell. A bíró tehát a perben a maga részéről csak akkor cselekszik, miután a kérő fél ellenfele nyilatkozott, illetve ennek módot adott a nyilatkozásra. Hogy az állam csekély kivételektől eltekintve, a maga perbeli cselekvését az egyik fél kérelmétől és a másik félnek arra vonatkozó nyilatkozatától teszi függővé, annak oka az a nagyon régi és bővebb kifejtést nem is igénylő igazság: hogy az állam sokkal pontosabban birálja el a felek közti jogviszonyt, ha nemcsak az egyik, de a másik felet is meghallgatja. Ezt általában *a kölcsönös meghallgatás elvének* nevezik. Erre nézve itt csak azt szükséges kiemelnünk, hogy a felek cselekvényeinek megosztása kérelmekre és ezekre vonatkozó nyilatkozatokra ezen az elven alapszik. Ha a bíróság a jogviszonyt csak az egyik fél kérelmére birálná el, a nélkül, hogy a másik felet meghallgatná, nyilatkozás a kérelemre sem fordulna elő. A kölcsönös meghallgatás elve s ennek alapján a cselekvénye felosztása a felek közt kérelmekre és ezekre vonatkozó nyilatkozatokra a per fogalmához tartozik. Egy oly eljárás, melyben a bíró kizárólag csak az egyik fél kérelme alapján határoz, nem per.

Az eddigiekben a felek perbeli cselekvényeinek, a kérelmeknek és az ezekre vonatkozó nyilatkozatoknak ismertetésénél a per tárgyát képező magánjogi jogviszonyt tartottuk szem előtt. Kérelmek és nyilatkozatok azonban nemcsak erre, hanem az egyes *perbeli cselekvényekre*, nevezetesen azok *irányitására* vagy *orvoslására* vonatkozólag is előfordulhatnak. Ugy a felek, mint a bíróság bizonyos szabályok szerint tartoznak cselekedni, a bíróság e szabályok szerint a felek cselekvényeit *hivatalból*, egyes esetekben csak kérelemre vezeti, irányítja. Továbbá ha e szabályok meg nem tartatnak az állam, bíróságának hibás cselekvényeit soha, a felek hibás cselekvényeit rendszerint *hivatalból* nem orvosoltatja, hanem csak akkor, ha valamelyik fél e czélból hozzá kérelemmel fordul. Ilyenkor sokszor az ellenfelet is meghallgatja a kérelemre és ekkor ez a kérelemre nézve nyilatkozik. Kitünik már ebből is egyelőre annyi, hogy kérelem és erre vonatkozó nyilatkozás a perbeli cselekvények körül szükebb körben képezi előfeltételét a bíróság cselekvényének, mint a per tárgyát képező jog-

viszony tekintetében. E fölött a bíró kizárólag csak kérelem és erre való nyilatkozás alapján határozhat, ellenben a felek perbeli cselekvényei fölött sok esetben, mint alább látni fogjuk, e nélkül is.

III. A felek perbeli cselekvényei egy szellemi műveletnek, *észlelésnek* és ebből vont *következtetésnek* eredményei. A fél azért terjeszt elő kérelmet és a másik fél kérelmére azért nyilatkozik, mert bizonyos tényeket észlelt és ezekből azt, mit kérelem vagy nyilatkozatban előterjesztett lekövetkeztette. Általában, mint minden akaratkijelentés észlelés és következtetés eredménye, így a felek perbeli cselekvényei is azok. Ennélfogva az észlelés és következtetés a felek minden perbeli cselekvényének szükségképi *előzményét* képezi, de azok mindig a peren kivül eső műveletek s így azokról mint a felek perbeli cselekvényeiről nem is lehet szó. A feleknek, az észlelés és következtetés eredményét képező perbeli cselekvényei mindig arra irányulnak, hogy a bíró valamely *jogszabály* értelmében a perben valamit tegyen vagy ne tegyen. S így minden kérelem és nyilatkozat egy jogszabályból való levezetés. Midőn a fél egy bizonyos tény alapján kér vagy nyilatkozik egy jogszabályt tart szem előtt, mely alá a tényt foglalja, s melyből kérelmét vagy nyilatkozatát leszármaztatja. A következtetés kiindulási pontjának tehát mindig a jogszabálynak kell lennie, a kérelem s a nyilatkozat ennek csak utolsó láncszemét képezi. Ha azonban az a tény, a melyet a fél a kérelem vagy nyilatkozat közvetlen indokaképen felhoz, kétséges, akkor még más tényeket is kell felhozni, a melyekből ismét ama tényre kell következtetni. Ez a közbevetett következtetés azonban, melyet *ténybelinek* is lehet nevezni, más természetű mint a jogszabályból való következtetés, a melyet *jogbeli*nek is nevezhetünk. A jogbeli következtetés pusztán *összehasonlítás*: vajjon a concret tény, a törvény által képzeletben jogilag minősített ténynyel azonos tulajdonságokkal bír-e, s hogy így lehet-e azt ugyanazon jogszabály alá foglalni? A ténybeli következtetés pedig nemcsak összehasonlítás, de egyuttal okozatról okra való következtetés. A bíró ugyanis a ténybeli következtetésnél mindig bizonyos tényekből, a melyeket önmaga észlel, mint okozatokból következtet más tényekre, a bizonyítandó tényekre mint okokra, a melyek megfigyelése alól el vannak vonva. De, hogy ez a következtetés helyt foglalhasson, a bírónak azokat a tényeket, a melyekből következtetése kiindul, össze kell hasonlitania az élet-

ben előforduló más tényekkel, a melyek ugyanazokkal a tulajdonságokkal birnak mint amaz és néznie kell, vajjon azok minő okok következményei? Ebből a biró megállapíthatja, hogy minő tény volt oka a bizonyító tény gyanánt szereplő ténynek; mert ha általában szabályként kétségtelen, hogy egy bizonyos tényt minő más tény szokott előidézni, akkor egy adott esetben felmerült azonos más tényről is feltehető, hogy előidéző oka gyanánt ugyanolyan tény szerepelt. A félnek jogbeli következtetése mindig *a fő-*, *elsődleges*; míg ellenben a félnek ténybeli következtetése, tehát az okozatról az okra való következtetés, mindig csak *kisegítő*, *másodlagos*, mert czélja mindig csak az, hogy a jogbeli következtetés lehetővé tétessék.

Ezen, a legegyszerűbb példákon is igen könnyen kipróbálható megkülönböztetés igen fontos tételek ismeretére vezet, mert segélyével minden kételyt kizáró módon megállapíthatjuk azt, hogy a félnek kérelmét és nyilatkozatát milyen körben kell indokolnia és hogy ennélfogva a tárgyalási elv minő körben nyer alkalmazást. A félnek ugyanis a jogbeli következtetésnél, csak a tényt kell indokolásképen felhoznia, melyből kérelmét, nyilatkozatát *közvetlenül* levezeti, de nem kell felhoznia a *jogszabályt*, a legtávolabbi közvetett indokot. E szerint a félnek a fő, jogbeli következtetésnek első láncszemét, annak kiindulási pontját, a jogszabályt nem kell feltárnia; indokolását a ténynyel kezdi, melyből kérelmét, nyilatkozatát közvetlenül levezeti. S a mennyiben ez az indokolás a bíró meggyőzésére nem elegendő, *kisegítő*, *ténybeli* következtetését is kell egészen feltárnia. Hogy a fő, a jogbeli közvetkeztetésben a kérelem vagy a nyilatkozat indokolásba a következtetés első közvetett indokát, a jogszabályt a félnek nem kell felvennie, az mindenütt czélszerűségi okoknál fogva a tételes jog rendelkezésén alapszik. Legtöbb esetben a fél a jogszabály kellő ismeretével nem bír, azt inkább mintegy ösztönszerűleg érzi; túlságosan megterhelné a felet, ha magát a jogszabályt is idéznie kellene. Azonfelül pedig a mai jogok szerint a bíró a jogszabályt hivatalból tartozik ismerni; elég tehát ha a fél csak a kérelmét és nyilatkozatát s ezek közvetlen indokát, a tényt hozza fel, a bíró az alkalmazandó jogszabályt hivatalból fogja megtalálni. A mai jogok nem olyannyira alakszerűek, mint a római jog a legis actiók idejében, úgy hogy a bíró csak a fél által felhozott jogszabályt alkalmazhatná. A fél a perben a jogszabályt még akkor sem tartozik felhozni, ha őt a perben

egy szakértő közeg, *ügyvéd* képviseli; még akkor sem, ha az ez által való képviseltetése reá nézve kötelező. Ezen szabály alól azonban kivételt képeznek a külföldi jogszabályok, a helyi és különszerű szokások és a helyhatósági szabályok, mert ezeket, a mennyiben a bíró előtt ismeretlenek, a félnek kell felhoznia és bizonyítania. (S. E. 63. és 215. §§.) Ekkor tehát a félnek a következtetésnek első láncszemét is fel kell tárnia, vagyis a kérelem vagy nyilatkozat közvetett indokát a jogszabályt is kell felhoznia. Hogy azonban a bírónak akkor is a fél által felhozott jogszabálylyal szemben különleges álláspontja van, azt alább fogjuk látni. Kivételt képez továbbá a felülvizsgálati kérelem (l. 47. §.), melynél a félnek a jogszabályt szintén meg kell jelölnie. Rendszerint azonban a felek, különösen, midőn őket ügyvéd képviseli a jogszabályokat is szokták indokolásul felhozni. Sőt épen ezen indokolás, a jogi fejtegetések teszik ki a kérelmek és nyilatkozatok indokolásának túlnyomó részét. Olyannyira, hogy sokszor a törvények szükségesnek tartják a feleket a jogi fejtegetésektől eltiltani, miután a bíróságra, mely a jogot hivatalból tartozik ismerni, rendszerint kevés haszonnal járnak, olvasásuk vagy meghallgatásuk pedig a bíróság idejét túl nagy mértékben veszik igénybe.

IV. A felek perbeli cselekvényeiket a bírósággal szemben, a bíróság részére végzik. A fél mindig a bíróságtól kér és a bírósággal szemben nyilatkozik. A felek tehát a perben egymással szemben nem cselekesznek. A felekkel szemben cselekedni a bíróság dolga. Ennek cselekvényeit itt alább ismertetjük meg, de azok egy csoportját már itt kell felemlítenünk, mert ezt czélszerűségi okoknál fogva a törvény sok esetben a bíróságról a felekre hárítja át. A bíróság perbeli cselekvényeinek a felekkel szemben csak akkor van hatálya, ha azok a felekkel közöltetnek. Ez a *közlés* bírói teendő. De a törvény sok esetben, hogy a bíróság munkáját megkönnyítse, a közlést a bíróságról a felekre hárítja. Ekkor tehát a bírói cselekvény közlése a felek perbeli cselekvénye, de nem a per természeténél, hanem csak a törvény különös, czélszerűségi okokon alapuló rendelkezésénél fogva. Hogy a bírói cselekvények közlése minő terjedelemben háríttassék át a felekre, az tisztán, mint czélszerüségi kérdés, a különböző törvényekben más-más megoldást nyert. Legtágabb körben van a franczia perjogban áthárítva, ennek mintájára, bár szűkebb körben a német perjogban; a mi jogunk beleértve a Tervezetet is és az osztrák perrend a

bírói cselekvények közlését, csak igen szük körben ruházzák át a felekre.[1]

V. Hogy a biró a bizonyító tényekből mit következtessen a bizonyitandó tényekre és hogy melyik az a jogszabály, a mely alá a birónak azokat foglalni kell, az a biró feladata. Mindazáltal a törvények megengedik, hogy a felek kifejtsék azt, hogy minő az a következtetés, a mely a bizonyító tényekből a bizonyítandó tényekre vonható. A felek ezen fejtegetéseit a mi törvényeink *észrevételezésnek* nevezik. (T. 210., 220. §§.; S. E. 72. §.; Terv. 294. §.) Az észrevételezés nem kérelem és nem nyilatkozat a fentebbi értelemben, mert a biró határozatára semmiféle befolyással nem bir. A biró az észrevételezés daczára is egyedül a saját belátása szerint tartozik következtetni.

Végül vannak esetek, hogy a fél kérelméhez, illetve nyilatkozatához kötve nincs. Ha a fél valamely kérelmet előterjeszt vagy valamely nyilatkozatot tesz, ebből még nem következik, hogy kérelmétől, illetve nyilatkozatától egyoldalulag elállani soha sem volna szabad. Ez egyes esetekben, melyeket itt nem akarunk részletezni, meg van engedve, megjegyezvén itt csak azt, hogy a kérelemtől, illetve nyilatkozattól megengedett elállás, *a visszavonás*, a mely szintén perbeli cselekvény.

Összefoglalva az elmondottakat, látjuk, hogy a felek perbeli cselekvényei: a tények által, kivételesen a jogszabály által is indokolt *kérelmek*, ezekre vonatkozó *nyilatkozatok*, a törvény különös rendelkezése folytán a *birói perbeli cselekve-*

[1] A birói cselekvény közlésének egyik legfontosabb módja a birói határozat *kézbesitése*. Nálunk szabályként a bíróság hivatalból kézbesít, a fél csak akkor, ha azt magára vállalja (T. 260. §. V. ö. Terv. 147. §.). Osztr. pr. 87. §. A kézbesítés a franczia jogban a fél által történik, ki e czélból a kézbesítőt, *huissier* — megbizza. V. ö. különösen e perrend 48., 52. §§. Sokszor a fél ügyvédje közvetlenül kézbesít a másik fél ügyvédjéhez, d'avoué à avoué 75., 142., 145., 160. stb. §§. De van eset, hogy a bíróság hivatalból is kézbesít 156. A német pr. 152. §-a szerint a kézbesítés kézbesítő által történik, kit azokban a perekben, melyekben ügyvédi kényszer van, az ügyvéd közvetlenül biz meg, más perekben a fél a bírósági jegyző közvetítését is veheti igénybe. — Az áthárítás egy sajátszerű alakja, melyet a S. E. is ismer, hogy a felebbezés esetén, az első fokú biró előtti eljárás eredményét a tárgyaláson a felek adják elő, 72., 151. §§. V. ö. még Terv. 247., 268., 294., 523. §§.

*nyek közlése*, az *észrevételezés* és a perbeli cselekvények *visszavonása.*[1]

Meg kell jegyeznünk itt még azt, hogy a perben úgy a felperesi, mint az alperesi oldalról több személy is fordulhat elő, a midőn felperesi, illetve alperesi *pertársaságról* beszélünk. A pertársak cselekményei is a fentebbi cselekvények közé tartoznak

[1] A felek perbeli cselekvényeit csak újabban szokás behatóbb elemzés tárgyává tenni, a mi a perjogi fogalmak tisztázására nagyon czélszerű. Mert ha általában a felek *támadó* és *védő* cselekvényeiről beszélünk, mint ez különösen régebben szokásban volt, l. pl. Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess 388. l. — ezzel ama cselekvények jogi természetét még nem világítjuk meg. Ha pedig azt mondjuk, hogy minden perbeli cselekvény, tehát a feleknek minden perbeli cselekvénye is *akarat kijelentés*, mint pl. Wetzel: System des ordentlichen Civilprocesses 891. l. az ugyan helyes, bár újabban ezt is kétségbe vonják: de részletesebb elemzés nélkül oly meghatározás, mely a perbeli cselekvények tüzetesebb felismerésére nem vezet. E részben a legelső kisérletet Klein: Die schuldhafte Parteihandlung 1—41. l. cz. munkájában teszi, kit mások is követnek, mint Schneider: Über die rechtliche Ermittelung und Feststellnng 58. l. Pollak: Gerichtliches Geständniss 26. l. Klein megkülönböztet kijelentéseket és cselekvényeket, mely utóbbiak közé tartozik különösen iratok bemutatása, benyujtása, s nekik a perben csak alárendelt szerepet tulajdonít. A kijelentések pedig *akarat kijelentések*, melyek czélja a birót cselekvésre indítani és egyszerű *állítások*, melyek ezzel a czéllal nem bírnak. Az akaratkijelentések Klein szerint a perbeli *kérelmek;* állítások: a perbeli kérelmek indokolása, tények beismerése vagy tagadása, kifogások, bizonyító eszközök megnevezése stb. Ehhez az osztályozáshoz azonban nagyon sok szó fér. Mindenekelőtt nincs annak alapja, egyrészt kijelentések és cselekvények közt, másrészt akaratkijelentések és állítások közt különböztetni, mert minden cselekvény a perben akaratkijelentés; még akkor is, ha nem is magára az akaratra mint inkább a kijelentésre helyezzük a súlyt, és ha esetleg nem is veszszük figyelembe azt, hogy a kijelentés az igazi akarattól eltér. Továbbá nem helyes a kérelem körének meghatározása sem. Az ugyan igaz, hogy a kérelem czélja a birót cselekvésre indítani; de hogy ez alá a jogállítás tagadása is tartoznék, hogy a kérelem indokolása ismét nem tartoznék a kérelemhez és hogy a bizonyító eszközök megnevezése sem volna kérelem, az egészen téves. Egyébiránt a kérelmek a többi nyilatkozatoktól a törvényekben sincsenek kellően megkülönböztetve. Így a S. E. 31. §-a, a Terv. 190. §-a az alperes érdemleges ellenkérelméről beszélnek, pedig, mint a 29. §-ban kimutatjuk, az egyáltalában nem kérelem. Más esetekben pedig minden közelebbi meghatározás nélkül lényeges tényállításokról, ezekre vonatkozó nyilatkozatokról, ténybeli nyilatkozatokról beszélnek. S. E. 48. §. 3., 160. §.; Terv. 251. §.

mert itt csak több per egyesítése forog fenn s így a pertársak cselekvényeiről itt külön is szólani nem szükséges. Perbeli közjogi jogviszonyban a pertársak sem állnak egymáshoz. A köztük netán fennálló magánjogi jogviszonyról pedig itt nem szólhatunk. Midőn továbbá az alperes ugyanazon per folyamán a felperes ellen pert indít — *viszonkereset* — az ő cselekvényei ugyanazok mint más felperes cselekvényei; erről szintén nem fogunk külön szólani. Végül midőn a perkimenetele körül jogilag érdekelt személy — *mellékbeavatkozó* — a fel- vagy az alperes, pernyertessége céljából a perbe befoly, cselekvényei, a melyekből a perbe való befolyása áll, mindig csak *kérelmek*, a melyek jogi természetüket tekintve, a peres fél kérelmeivel azonosok. Azokról itt külön szólani tehát szintén nem kell. Szükséges azonban utalnunk arra, hogy a mellékbeavatkozó, perbeli cselekvényeinek jelzett természeténél fogva, a perben soha sem kerül az államhoz abba az alárendelt viszonyba, a melyben hozzá a peres felek állanak, mert a perbe való mellékbeavatkozás iránt nincs egy *közjogi természetű kötelesség*; a mellékbeavatkozás mindig csak önkéntes. A mellékbeavatkozó és a peres fél közt, a ki mellett beavatkozás történik, szintén nincs semmiféle perbeli jogviszony. Ilyent az a függő helyzet sem idéz elő, a melyben a mellékbeavatkozó cselekvényei a a fél cselekvényeihez állanak s a melynél fogva a mellékbeavatkozó csak oly perbeli cselekvényeket végezhet joghatályoson, a melyek a peresfél cselekvényeivel ellentétben nem állanak (V. ö. Terv. 89. §.).[1]

[1] A további részletekbe itt nem bocsátkozhatunk. A jogi érdeket illetőleg, a mely a mellékbeavatkozás sikeréhez szükséges, csak azt említjük fel, hogy a mely esetekben a fél sikerrel indíthat pert megállapítás iránt egy oly jogviszony tekintetében, a mely az egyik peres félre és egy harmadik peren kívül álló egyénre vonatkozik (l. 27. §-t), ugyanazon esetekben, midőn az utóbbiak közt a per tényleg a jogviszony iránt létrejön, a perbe, mint mellékbeavatkozó is befolyhat. A főbeavatkozás pedig a rendes perben *esetleg* felperesi (T. 73. §.) és a sommás perben (S. E. 22. §.) és a Terv. 84. §-a szerint pedig általában, mindig alperesi pertársaságot létesítvén, arról itt szintén nem szólunk. L. e kérdésekre nézve Baintner H.: Az avatkozás cz. munkáját.

## 6. §. A bíróság perbeli cselekvényei.

I. A bíróság perbeli cselekvényei: *a határozás* és ennek segédcselekvényei, az *észlelés* és *következtetés*.

A biró a perben következő czélokból határoz: hogy a per elháríttassék vagy fordítva ne háríttassék el, hogy a perbe vont magánjogi viszony iránt a felek cselekvése meghatároztassék, hogy valamely hibás perbeli cselekvény vagy mulasztás orvosoltassék és hogy a biró a felek cselekvését irányitsa, vezesse. Ezen czélok közül a legutóbbi mindig csak mellékczél. A biró ugyanis azért vezeti, irányítja a felek cselekvényeit, hogy ama első három czél valamelyikéből határozhasson. S így a pervezető határozat mindig csak *segédhatározat*, mely mindig a más czélú határozatok szolgálatában áll. Midőn a birónak ama más czélok valamelyikéből kell határoznia, előbb mindig a pervezetés czéljából is határoz; ez a határozat tehát amazokat mindig megelőzi. Midőn a biró a három első czél valamelyikéből határoz, a birói határozat mindig *parancs* vagy *tilalom*, mely által a biró az állam birói felségjoga alapján a feleket valamely cselekvésre vagy valamely cselekvéstől való tartózkodásra kötelezi. A pervezető határozat, mint alább látni fogjuk, nem mindig ilyen. Midőn a biró pervezetés czéljából határoz, nem mindig parancsol vagy tilt, hanem határozata sokszor csak *engedély* a cselekvésre. Így pl. a felhivás valamely kérelem előterjesztésére, nem parancs a félhez, hanem csak figyelmeztetése annak, hogy valamely kérelem előterjesztése meg van engedve. Ebből a szempontból is tehát a pervezető és a többi határozatok közt nagy a különbség.

Valamennyi határozat közül fontosságánál fogva legjobban kiemelkedik az, a mely által a biró a felek cselekvését a magánjogi viszonyra nézve meghatározza, mint szokás mondani, az *ügy érdemében* dönt és az, a mely által a biró ezen határozata orvosoltatik. Ezen két rendbeli határozatokat megkülönböztetésül a többiektől külön névvel is szokás jelölni. A mi jogunk szerint ezeket *itéleteknek*, a többi határozatokat pedig *végzéseknek* nevezzük. S ezen szabály alól jelenlegi jogunkban nincs is kivétel. Csak az ügy érdemében hozott határozat itélet, ellenben más határozat soha sem neveztetik annak. (T. 246. §.) A Terv. azonban ezen szabálytól már eltér, mert azt a határozatot is,

mely által a biró a per elhárítása kérdésében dönt, itéletnek nevezi. (186. §.)[1]

Az alábbiakban csak a pervezető határozatot vesszük közelebbről szemügyre, a többiekről a következő fejezetekben lesz szó. S ezt itt annál czélszerübb tenni, mert ezen módon tiszta képet nyerünk arról, hogy a biró a más czélú határozásnál milyen befolyással, illetve milyen fokú hatalommal bir a felek cselekvényeivel szemben.

II. A biró a perben a felek cselekvényeit többféleképpen vezeti. A felet, a kinek egy bizonyos cselekvény meg van engedve, figyelmezteti, hogy a megengedett cselekvényt teljesítenie szabad; a félnek, a kinek egy bizonyos cselekvényt véghez vinni kötelessége, megparancsolja ama cselekvény teljesítését; a felet eltiltja egy bizonyos cselekvény végzésétől, melyet meg nem engedettnek tart; végül a félre büntetést szab vagy egy magánjogi kötelezettséget szab, mert a perben oly cselekvényt végzett, a mely nem volt engedve, illetve fölösleges volt, s így kellő alap nélkül idézte elő a biró határozatát vagy valamely segédcselekvényét s okozott a másik félnek perköltséget. E legutóbbi irányban a biró a feleken kívül más egyénekkel szemben is határoz pervezetőleg, a kik a perben mint tanuk, szakértők vagy képviselők a perben közreműködtek, illetve közreműködni tartozván, ennek eleget tenni elmulasztottak.

Az állam azt, hogy a fél a perben a szükséges perbeli cselekvényeket végezze, rendszerint magára a félre bízza, feltételezvén róla, hogy a szükséges perbeli cselekvényt saját érdekéből fogja kezdeményezni. Másfelől azonban az állam a fél kérelmére az az illető perbeli cselekvényt elvégzi, ismét feltételezvén róla azt, hogy olyasmit a mi fölösleges, saját érdekéből nem fog kérni. Sokszor azonban ez a két feltételezés nem válik be. A fél ugyanis gyakran azt, a mit a perben saját érdekében tennie kellene, nem ismeri fel, ilyenkor az ujabb jogok szerint az állam jön a fél segít-

[1] Ez az eltérés a német perr. 248. §-a alapján történt s annak kifejezésére szolgál, hogy a pergátló kifogások tárgyában hozott határozat ellen, ép úgy, mint az ellen, melyet a bíróság az ügy érdemében hoz, *önálló felebbezésnek* van helye. Ind. 153. l. Ezt azonban máskép is lehetett volna kifejezni a nélkül, hogy a pergátló kifogások tárgyában hozott határozatot itéletnek kellene neveznünk. Régibb jogunk szerint pedig a egtöbb birói határozat, habár nem is vonatkozott az ügy érdemére, itéletnek neveztetett. Frank: A közigazság törvénye Magyarhonban. II. 227. l.

ségére, s őt arra, a mit tennie kell, bírósága által figyelmezteti. S erre az állam annál inkább érzi magát indíttatva, mert a fél az ellenfelétől ezt a figyelmeztetést nem fogja kapni, a mi nagyon természetes is. Másfelől a fél a perben sokszor kér olyasmit, a mi fölösleges, s ez által az ellenfél érdekét sérti, de a birónak is szükségtelen munkát okoz. Az állam ezen esetekben is közbelép s a félnek fölösleges cselekvény iránti kérelmét elutasítja s a mennyiben a kérelmet mégis teljesítette, joghátránynyal sujtja.

A régibb perjogokban a birói pervezetés csak a rosszhiszeműség kizárása czéljából volt szabályozva. Rendbüntetés a rosszhiszeműleg cselekvő féllel szemben még sűrűbben fordul elő, mint az ujabb jogok szerint.[1] Más irányú pervezetést azonban a régibb jogok nem ismernek; ez az ujabb jogfejlődés vívmánya. Sőt az ujabb perjogok kiváló technikai tökélyéről az tanuskodik legjobban, hogy a birói pervezetést más és helyesebb alakban állapítják meg, s annyira fokozzák, hogy a biró közbelépésével minden érdeket hatályosan megóvhat. Mert ha a biró a felet figyelmeztetheti, mit kell a saját érdekében tennie, ha azt a perbeli cselekvényét, mely az ellenfél érdekeit jogellenesen sérthetné vagy a bíróságot fölöslegesen igénybe venné, esetről esetre kizárhatja: sokkal többet tesz minden érdek kellő megvédésére, mint pusztán a fentebbi egyoldalu szabály alkalmazása által, mely különben elejtve most sincs, mert a rosszhiszeműség kizárására a törvény most is törekszik, csakhogy más módon mint régebben.

A mi perjogunkban a birói pervezetés mind a két irányban van keresztülvive. A biró a feleket figyelmezteti, illetve a felekhez parancsot intéz a szükséges perbeli cselekvényt végezni, a nem teljeset kiegészíteni, a homályosat felvilágositani (S. E. 37. §; T. 108. §.; N. 17. §.; Terv. 230. §.[1]). Hogy e czélból a biró a felekhez belátása szerint intézhet kérdéseket, sőt a peresfeleket személyes megjelenésre is idézheti (S. E. 38. §., Terv 232. §.), az csak szükséges eszköz a czél elérésére; az erre irányuló határozat tehát szintén a pervezető határozatok körébe tartozik. Ugyanezen szempont alá esik, de csak a Terv. szerint az is, hogy a bíróság, ha a felek

[1] A római perjogra nézve Gaius: Inst. IV. 171. ezt mondja: Nunc admonendi sumus ne facile homines ad litigandum procederent, partim iure civili legibus, aut moribus, partim a prætore iuris tuendi gratia *varias poenas temere litigantium constitutas esse.*

előadásaiból arról győződik meg, hogy a bizonyítás tanuk (297. §.) vagy szemle tárgyak (351. §.) által lehetséges, a felek akármelyikét s nemcsak azt, kit a bizonyítás terhel: a tanuk megnevezésére, a szemle tárgyak felmutatására utasíthatja; az okirat felmutatására pedig a bizonyító fél ellenfelét nemcsak akkor kötelezi, ha az közös vagy a magánjog szerint kiadandó, de akkor is, ha bizonyítás czéljából arra hivatkozott (334. §.). Az ellenfél itt oly nagy fokú közreműködésre szoríható a másik fél érdekében, minőt jelenlegi jogunk nem ismer. A biró azonban a peresfelektől különböző személyeket is kötelez a peresfélnek a perben segítségére lenni. Ez az általános *tanuzási kötelesség* alakjában már régóta elvan is merve. Ujabb jogunk azonban ezt még oda terjesztette ki, hogy a tanu a birtokában levő s az ügyre vonatkozó okiratokat is tartozik felmutatni. (S. E. 90. és 215. §§.; Terv. 316. §.) A Terv. még ennél is tovább megy, a mennyiben harmadik személyeket a birtokukban levő szemletárgy felmutatására is kötelez (354. §.).

A pervezetés másik módja, hogy a biró a feleknek kérelmét egy pervezető cselekvény iránt elutasítja, ha arról győződik meg, hogy valamelyik fél azt az ügy elintézésének késleltetése végett halogatta. (S. E. 33. §.: Terv. 227. §. de csak a másik fél kérelme folytán):[1] a tárgyalást ha az ügyet kimerítve találja belátása szerint berekesztheti (S. E. 46. §. Terv. 239. §.), bizonyos esetekben felfüggesztheti (S. E. 44. §., Terv. 240. §.) elkülönítheti (S. E. 42. §. Terv. 238. §.) vagy egyesítheti (S. E. 43. §.)

Végül a biró *jogi hátrányokat ró* a félre vagy a közreműködésre kötelezett harmadik személyre, a mennyiben a bíróság parancsát a közreműködés iránt, vagy a törvény tilalmát a bíróság közreműködését fölöslegesen igénybe nem venni, megszegi. E hátrányok legelseje, hogy a fél azt a kárt, mely cselekvénye által a másik félre előállott, megtéríteni tartozik. Ezen alapszik a perköltségben való marasztalás. (T. 251. §.; S. E. 109—114. §§.) A másik, hogy a biró a peresfelet rendbüntetéssel sujtja, a mennyiben a törvény tilalmát, hogy a perben a birót fölöslegesen cselekvésre ne indítsa,

[1] Ennek különös alkalmazása okiratoknál, hogy a bíró más bizonyítási eszközt kizárhat, a nélkül, hogy az ellenfél kérné, ha az előadásokból kitünik, mikép a bizonyítás okirattal is lehetséges. S. E. 40. §.; Terv. 339. §. Tanuknál a tanukihallgatás a költségek előleges fedezésétől tehető függővé. S. E. 83. §.; Terv. 303. §. Külföldön lakó tanuk kihallgatása. S. E. 84. §.

a bíróságot illetlen, rendzavaró viselet által működésében ne gátolja, rosszhiszeműleg megszegi. (S. E. 36., 205. §§.; T. 195. §.; N. 49., 60., 68. §§.) A mennyiben a peresfél a bíróság parancsát közreműködés iránt nem teljesiti, őt büntetéssel nem sujtja, mert van hatályosabb kényszereszköz ellene a pervesztesség. (V. ö. különösen S. E. 38. §.). A közreműködés iránti parancs nem teljesítése miatt a bíróság csak a peresfelektől különböző személyeket sujtja rendbirsággal, névszerint a tanukat. (T. 206. §.)

A biró pervezető tevékenysége más perjogokban nincs annyira kifejlesztve, mint a mi S. E.-ben, főképen pedig a Tervben. Általában a szóbeliség alkalmasabb erre, mint a tiszta irásbeliség. Ez utóbbinál a pervezetés leginkább abban nyilvánúl, hogy a biró joghátrányt ró a félre, a ki cselekvényét fölöslegesen vette igénybe; kevésbé perbeli cselekvények végzésére irányuló határozatokban vagy a felek az iránti kérelmének, hogy a biró pervezető határozatot hozzon, elutasításában. Egyébiránt a részletekre nézve a szóbeliségen alapuló eljárások közt is nagy az eltérés.[1]

Azonban a bírói pervezetés csak addig fokozható, a míg a rendelkezési és a tárgyalási elvekkel ellentétbe nem kerül. A bírói pervezetés nem terjeszthető ki odáig, hogy a bíró oly magánjogi viszony iránt határozza meg a felek cselekvését, melyet egyik fél sem kért és hogy ezt oly bizonyító eszközök és bizonyító tények alapján tegye, melyeket egyik fél sem hozott fel. S ha egyes törvények rendelik, hogy a bíró hivatalból is rendelhet el bizonyítást, ez nem azt jelenti, mintha a bíró oly bizonyító eszközöket használhatna, a melyeket a felek meg sem jelöltek, hanem csak azt,

[1] Így a franczia perjogban a birói pervezetés különösen abban az irányban van kifejlesztve, hogy a bíróság a szóbeli tárgyalást — plaidoirie — belátása szerint berekesztheti. Az ezen irányú pervezetést *birói souverainitásnak* szokás nevezni. GARSONNET: Traité theorique de procédure stb. II. 291. l. A bíróság azonban nem figyelmeztetheti a feleket kérelmeik és nyilatkozataik előterjesztésére vagy kiegészítésére, nem rendelhet el felfüggesztést, egyesítést, elkülönítést. Ezen irányban tehát nincs pervezetés. De ismét a bíróság tanukihallgatást és szemlét a felek kifejezett kérelme nélkül is rendelhet, valamint a bíróság a feleket személyes megjelenésre közvetlenül az illető tanács elé hivatalból is megidézheti. A *német perrend* szerint a birói pervezetés ugyanazon irányokban van ugyan keresztülvive, mint a mi jogunkban, de nincs annyira felfokozva, mint az *osztrák perrend*, de főkép a Terv. szerint.

hogy a feleknek azon bizonyító eszközök felhasználása iránt nem kell kifejezett kérelmet előterjeszteniök.[1]

III. Minden bírói határozat szintén észlelés és következtetés eredménye. A biró észlelése és következtetése nem egyéb, mint a fél észlelésének és következtetésének felülvizsgálata. A bíró következtetése tehát egyrészt *jogbeli*, másrészt *ténylegi* következtetés. Az előbbi összehasonlítás, a mely abból áll, hogy a tény, a melyet a biró észlel, mennyiben azonos a törvényhozó által képzeletben szem előtt tartott ténynyel, a melynek alapján a jogszabály felállíttatott; az utóbbi pedig annak a megállapítása, hogy a biró által észlelt tényekből, mint okozatokból, mennyiben lehet következtetni a bizonyítandó tényekre, mint okokra.

A birói határozatban úgy a jogbeli mint a ténybeli következtetést fel kell deríteni. E felderítés a határozat *indokolása*. Ebben a birónak a jogbeli következtetés legvégső lánczszemét, a jogszabályt is kell feltárnia, s ennyiben a biró indokolása tágabb körű, mint a feleké. (28. l.)

A bíró észlelése és következtetése belső szellemi műveletek, de azok mégis bizonyos szabályokhoz vannak kötve s így nem a per körén kívül álló cselekvények, miként a felek észlelése és következtetése. Az észlelés és következtetés minden határozatnak szükségképeni cselekvényei, tehát perbeli *segédcselekvények*. Az észlelés mint segédcselekvény nyilvánul a felek meghallgatásában, társas bíróságnál az előadó meghallgatásában is, jegyzőkönyvezésben, iratok átvételében és gyűjtésében, bírói közegek kiküldésében, más hatóság megkeresésében. A következtetés csak a társas bíróságnál szerepel bizonyos szabályokhoz kötött segédcselekvényként és áll tanácskozásból és szavazásból. Egyébiránt a bíróság a határozat után is végez bizonyos segédcselekvényeket, a mennyiben az irásba foglalt határozatot s azt megelőző iratokat őrzi, az érdekelteknek megmutatja, eredetben, másolatban vagy kivonatban kiadja vagy bizonyítja. Az *iratőrzés* azonban s az ezzel kapcsolatos cselekvények csak czélszerűségi szempontból vannak bírósági segédcselekvényekké téve, de nem fogalmilag is szükségképi segédcselekvényei

[1] Ujabban általában az az irány, hogy a birói pervezetés minél hatályosabban fokoztassék. L. erre nézve különösen KLEIN: Pro futuro. Betrachtungen über die Probleme der Civilprocessreform in Österreich. 1891. és a Terv. indokolását 18. s k. ll.

a bírói határozatnak, mint az észlelés és következtetés. A határozat *kihirdetése* vagy kézbesítése, a mennyiben ezektől a határozat hatálya függ, nem segédcselekvények, hanem magának a határozásnak alkatelemét képezik.[1]

## 7. §. A perbeli cselekvények jogi természete.

I. A bíróság minden perbeli cselekvénye joggyakorlás, az állam bírói felségjogának érvényesítése a bíróság által. Ez a tétel a pernek fentebb adott fogalommeghatározásából foly; de ebből foly az is, hogy a peresfelek cselekvényei nem joggyakorlás az állammal szemben. A felek a perben, mint az államnak közjogilag alárendelt elemei szerepelnek; cselekvényeik ez oknál fogva nem lehetnek joggyakorlás. E cselekvények részben kötelességteljesítés, részben pedig megengedett cselekvények.

II. Nem ellenkezik a felek közjogi jogviszonyával az államhoz, hogy a felek a perben nemcsak kötelességszerű, hanem megengedett cselekvényeket is végezhetnek. Az állam eltiltván az önbíráskodást, vagyis azt, hogy jogosítványát mindenki önhatalmulag érvényesítse: saját érdeke kivánja, hogy megengedje, mikép a felek jogosítványaik érvényesítése czéljából az ő közreműködését vegyék igénybe. Hogy akkor, midőn a fél az államhoz jogsegélyért fordul, nem teljesít kötelességet, az nyilvánvaló abból, hogy a félre az állam e czélból semmiféle kényszert nem gyakorol. Ha a fél jobbnak látja, hogy a jogviszonyt a másik féllel szemben a bíróság el ne döntse: ennek csak az lesz a következménye, hogy a jogviszony elbírálás nélkül marad, de egyéb hátrány őt nem éri. Ez nemcsak a felperes azon kérelmére, a keresetre áll, a melylyel

[1] Az írók a bíróság perbeli cselekvényeit másképp szokták osztályozni, mint mi. Wach: Vorträge über Reichscivilprocessordnung 2. kiad. 1896. 98. l. szerint a bíróság cselekvényei: észlelés, okmányosítás és akaratkijelentés. Az akaratkijelentések a bírói határozatok, a melyek pervezető, döntő vagy végrehajtó határozatok. Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts I. 440. l. a bíróság perbeli cselekvényei gyanánt általában csak a pervezetést és a döntést az ügy érdemében említi fel. Kohler: Der Process als Rechtsverhältniss 49. s k. ll. szerint bírói cselekvény csak a határozat; a cognitio, a mely azt megelőzi csak receptio és ennélfogva csak tényleges, nem pedig jogi jelentőségű cselekvény. Mindezek a meghatározások tévesek; főhibájuk különösen az, hogy a bíróság perbeli cselekvényeinek viszonyát egymáshoz egészen figyelmen kívül hagyják.

az államhoz jogsegélyért fordul, hanem minden kérelemre, melyet a fél a perfolyamán abból a czélból előterjeszt, hogy a bíróság valamely per beli cselekvényt véghez vigyen. Tudjuk, hogy bíróság legtöbb cselekvénye a perben a fél kérelmétől van feltételezve; a félnek tehát, ha egy bizonyos jogi hatást el akar érni, a bíróság elé megfelelő kérelemmel kell járulnia. A kérelmeken kívül az *észrevételezés* is a feleknek megengedett cselekvénye, annálinkább, mert a bíró határozata a felek észrevételeitől semmiképen sincs feltételezve. A törvény czélszerűségi szempontból megengedi, hogy a bíró előtt a határozathozatalnál oly körülmények legyenek feltárva, a melyek az ő figyelmét esetleg kikerülték, a nélkül, hogy őt a felek észrevételeihez kötni akarná.

A kérelmekre vonatkozó nyilatkozatok azonban, a melyektől a bíróság eljárása függ, mindig *kötelességteljesítés*. A bíróság további eljárása a perben a kölcsönös meghallgatás elve folytán, mindig attól függ, hogy az egyik fél kérelmére, a másik miként nyilatkozik De, ha a bíróság további eljárása mindig a másik fél nyilatkozatától függ: ezt a nyilatkozást nem lehet az ő tetszésére bízni, mert akkor hallgatása által a neki nem tetsző pert a legkönnyebb módon meghiusítatná. Hogy ez be ne következzék, szükséges a kérelemre való nyilatkozást az ő kötelességévé tenni. Ekkor az ő hallgatása a bíróság cselekvését többé meg nem akaszthatja. A bíróság vagy valamely büntetés kiszabása által vagy, a mint jelenleg történik általában, hátrányos perbeli következmények terhe alatt szorítja a felet nyilatkozásra, a nyilatkozni elmulasztó felet úgy tekintvén, mintha olyan nyilatkozatot tett volna, a melynek folytán a per a lehető legrövidebben befejezhető. A mi végül a bírói határozatok közlé sét, a tárgyalás anyagának előadását illeti, ezek megengedett vagy kötelességszerű perbeli cselekvények ahhoz képest, a mint azok a félre egy kérelem vagy egy nyilatkozat folytán hárulnak. A perbeli cselekvények visszavonása mindig megengedett cselekvény.

A felek kötelességszerű perbeli cselekvényeit itt bővebben megvilágítanunk nem szükséges, azok jogi kötelezettségek a szó legszorosabb értelmében. Nehezebb a megengedett jogi cselekvények természetét megállapítani. Ezek nem jogosítványok az ellenféllel szemben, mert a perben a felek közt semmiféle jogviszony sem jön létre. De nem jogosítványok az állammal szemben sem, abban az értelemben, miként a magánjogi jogosítványok általában vagy az állam közjogi jogosítványai az egyesek ellen.

Ezen kétrendbeli jogosítványoknak fogalmából foly a kényszer gyakorlásának lehetősége. A fél azonban azon alárendelt viszonynál fogva, a melyben az államhoz van, kényszert az állam ellen soha sem gyakorolhat.

Ebből a szempontból, a mit azonban részletezni nem akarunk, még az állam elleni magánjogi jogosítványok is más elbirálás alá esnek. De minthogy az állam az egyeseket nem összes cselekvényeikre nézve rendeli magának alá és a hol ezt teszi is, az alárendelést nem bizza közegeinek önkényére, hanem azt bizonyos szabályokhoz köti, s végül, midőn az állam megengedi, hogy egyesek közegeinek segélyét vegyék igénybe, ezek azt, ha az állam által előre meghatározott feltételek megvannak nyujtani kötelesek: az a látszat áll elő, hogy az egyeseknek jogosítványuk volna arra nézve, hogy az egyesek ne kényszeríttessenek valaminek tevésére, a mit az állam nem parancsol és nem másképen, a mint az állam parancsolja, hogy ne akadályoztassanak annak a véghezvitelében, a mit az állam nem tilt és hogy az állam közegei nyujtsák a feleknek azt a segélyt, melyet az állam előre kilátásba helyezett. Mindez azonban ki nem kényszeríthető. Ha tehát ezeket közjogi jogosítványoknak akarjuk nevezni, mindig tisztában kell lennünk azzal, hogy a közjogi jogosítványok a fél részéről az állam ellen fogalmilag mások mint általában a magánjogi jogosítványok vagy mint az állam közjogi jogosítványai az egyesek ellen. Az állam elleni közjogi jogosítványokkal csak azt akarjuk jelezni, hogy az állam végrehajtó szervei ne gyakoroljanak az egyesek ellen kényszert ott, a hol ezt az állam tenni nem akarja és ne másképen, mint a hogyan az állam akarja és hogy tényleg nyujtsák is az egyeseknek azt a segélyt, a melyet az állam nyujtani jónak lát. A közjogi jogosítványok elméletének sulypontja tehát ebben rejlik: megóvni az egyeseket az állam közegeinek szabályellenes kényszerhatalmától s részükre az állam közegeinek segédkezését biztosítani; egyszóval biztosítani azt, hogy az állam közegei mindenben kötelességszerűen járjanak el. A kötelességek azonban ezeket az állammal s nem az egyesekkel szemben terhelik, s így arról sem lehet szó, hogy az egyeseknek az állam közegei ellen volnának közjogi jogosítványaik.[1] A mennyiben tehát az állam

[1] A közjogi viszony fogalma még ma sincs kellően tisztázva. Különösen az szolgáltatott sok vitára okot, hogy melyek azok a közjogi

megengedi, hogy az egyesek vele szemben bizonyos cselekvényeket végezzenek (pl. perindítás), itt csak ezt tartjuk szem előtt és saját közegeit kötelezi, hogy ezek ama cselekvények alapján eljárjanak: tudnunk kell, hogy itt nem az egyesek kikényszeríthető jogosítványairól van szó az állam ellen, hanem pusztán csak megengedett cselekvényeiről. Lehet ezeket közjogi jogosítványoknak is nevezni; mi azokat munkánkban a lényeg hatályosabb kifejezése czéljából, túlnyomólag megengedett cselekvényeknek mondjuk.

A megengedett cselekvények a perben nem már létező jogok gyakorlása, se nem olyanok, a melyek által a félnek uj jogai keletkeznének. A mai nevezetesen a kérelmeket illeti, ezek azt idézik elő, hogy a perben a közjogi jogviszony létrejön. A kérelem folytán tartozik az ellenfél nyilatkozni; e nyilatkozat folytán ismét a kérelmet előterjesztő félre származik a perbeli kötelezettség, a mely esetleg abból áll, hogy ő is nyilatkozzék, de minden esetre áll abból, hogy a per bizonyos következményeit eltűrje, a mint ez különösen a perbe bocsátkozásnál nyilvánvaló. (L. 23. §-t).

III. Hogy az állam az egyeseknek minél hatályosabb jogvédelmet nyujthasson, a megengedett perbeli cselekvényeket igen széles körben teszi lehetővé. Rendszerint minden megszorítás nélkül megengedi, hogy a felek a bírósághoz kérelmekkel fordulhassanak.

jogosítványok, a melyek az egyeseket az állammal szemben megilletik. Ilyenek létezését a legtöbb író feltételezi. Általában elismerik, hogy az egyesek az államnak alá vannak rendelve; de abból, hogy az állam uralmát az egyesekkel szemben korlátozza, következtetik azt, hogy az önkorlátozás határain túl az egyeseknek az állam ellen közjogi jogosítványai vannak. Az egyesek közjogi jogosítványa tehát az állam ellen, az állam önkorlátozásán alapulna. V. ö. THON: Rechtnorm u. subjectives Recht 142. l.; különösen pedig JELLINEK: System der öffentlich subjectiven Rechte: ennek birálata TEZNERtől Grünhut-féle Zeitschrift für das Privat u. öffentliche Recht XXI. k. 107. s k. ll. LABAND: Das Staatsrecht des deutschen Reiches 3. kiad. 1895. I. k. 134. l. Kiváló publicistánk, NAGY ERNŐ, munkájában: Magyarország közjoga, 3. kiad. 123. s k. ll. szintén tárgyalja a polgári és politikai jogok czime alatt az egyén közjogi jogositványait az állam ellen, de egész helyesen, különösen a polgári jogosítványokról megjegyzi, «hogy ezek nem is annyira külön jogok a polgárok számára, mint inkább az állam cselekvését irányító, illetve megkötő szabályok. (123. l.)

Nem kell előzetesen kimutatni azt, hogy a félnek oly érdeke van, a melyet az állam védelemre alkalmasnak elismer. Igy megtörténhetik, hogy a fél oly esetben fogja az állam bíróságait igénybe venni, midőn arra szükség nem volt. De az állam ezt a hátrányt inkább eltűri, sem mint a jogos érdekek védelmét megnehezítse. Ezzel természetesen nem azt mondjuk, hogy a félnek *rosszhiszeműleg* is szabad az állam bírói tevékenységét igénybe venni. Ujabban ugyan az általánosan nincs kimondva. A törvények csak egyes esetekre mondják ki, hogy rosszhiszemű kérelmekkel a bíróság elé járulni nem szabad, mert különben a rosszhiszemű felet büntetés éri. A rosszhiszemű perbeli kérelmet, melyért az állam a felet bünteti, *tilos perbeli cselekvénynek* nevezzük. Minden további részletezés mellőzésével, utalunk a következő §§-ra : T. 195. §. N. 49., 60., 68. §§.; S. E. 205. §.; Terv. 119., 572. §§.).[1] Ezekből kitűnik az is, hogy az ujabb jogok *általános igazmondási kötelességet* nem ismernek. Értvén ez alatt egyrészt azt, hogy a félnek csak oly tények által indokolt kérelmet volna szabad előadnia, a melyeket legjobb meggyőződése szerint valóknak tart, másrészt pedig, hogy a félnek csak oly nyilatkozatot volna szabad tennie, a melynek valódiságáról meg van győződve, tehát pl. az alperesnek a kereset tényalapját nem volna szabad tagadnia, midőn annak valódiságáról meg van győződve. Ez az ujabb jogokban nélkülözhető azon hatályos pervezető tevékenységnél fogva, mely a bírónak jut s melynél fogva ez sok esetben, tekintet nélkül a fél szándékára, a czélra nem vezető kérelmeket mellőzheti vagy általában a felet, a ki ilyen kérelmet vagy a per elbirálását nehezítő nyilatkozatot tett, az ebből származó perköltségben elmarasztalhatja.[2]

[1] E §§. szerint a bíróság a birságot, midőn a felet ügyvéd képviseli, rendszerint az *ügyvédre* szabja ki, a ki azonban egy külön per útján megbizó felétől kártérítést követelhet, ha annak *utasítása* alapján járt el. (V. ö. T. 195. §.; N. 60., 68. §§.; S. E. 205. §. és Terv. 572. §.) E két utóbbi szerint külön irásbeli utasítás szükséges. A rendes perben azonban a bíróság a konok felebbezés birságát a *félre* szabja ki, a ki ügyvédjétől egy külön per útján megtérítést követelhet, ha az a fél irásbeli utasítása nélkül felebbezett N. 49. §. L. még V. T. 31., 99. §§-ait; S. E. 7. §-át.

[2] L. e kérdésre nézve KLEIN: Die schuldhafte Parteihandlung 65. s köv. ll., a ki azonban a tilos cselekvény fogalmát sokkal tágabban veszi, mint mi, értvén alatta minden jogellenes, beszámítható cselekvényt, habár a törvény nem is sujtja birsággal (220. s k. ll.).

A tilos perbeli cselekvényektől jól kell megkülönböztetni azokat, a melyek csak azon feltétel mellett végezhetők, hogy a fél *biztosítékot* nyujt, mikép véghezvitelük az ellenfelet nem fogja megkárosítani vagy nem fogja a bíróságot czél nélkül foglalkoztatni. A mai jogok szerint a perbeli cselekvények végzése szabályként nincs biztosítékhoz kötve, a biztosítékadás csak kivételképen kivántatván meg. Igy a mi jogunk szerint külföldiek csak akkor indíthatnak pert, ha az alperes kívánságára a perköltség és az itéleti illeték fedezéseül biztosítékot nyujtanak. (S. E. 9., 220. §§.; Terv. 125. §.); A bírós g a tanu kihallgatásának elrendelését a tanukihallgatás költségeinek előleges fedezésétől teheti függővé (S. E. 83., 215. §§.; Terv. 303. §.). Az igénybejelentési felhívás keltétől számítva 15 nap elteltével benyujtott igénykereset a végrehajtás folytatására csak akkor bír halasztó hatálylyal ha az igénylő jogosultságát valószínűsíti, egyszersmind pedig az igénykereset elvesztése esetére követelését és járulékait vagy a mennyiben ez kisebb összeget tenne, az igényelt tárgyak becsértékét biztosítékul a bíróságnál leteszi. (V. T. 93. §.)[1]

[1] A római jog és ennek nyomán a középkori jogok a biztositékadást sokkal több esetben kivánták meg. Így minden perben úgy a fel- mint az alperes részéről leteendő volt a patvarkodási eskü (iuramentum calumniæ), mely annak biztosítékául szolgált, hogy a felperes nem rosszhiszeműleg indítja a pert, az alperes pedig nem tagad rosszhiszeműleg. Gaius: Inst. IV. 172., 174. C. II. 58.; X. 2., 7.; lib. VI. 2., 4. Ismerte ezt az esküt régibb jogunk is és még az 1567 : 27. t.-cz. kifejezetten elrendelte; de már az 1574 : 34. t.-cz. eltörli. Idővel Németországban is kiment a szokásból. Wetzel: i. m. 512. s k. l. Ez az eskű volt a iuramentum calumniæ generale. Ezen kívül egyes perbeli cselekvényekre, pl. új tények felhozatalára a felebbezési eljárásban még külön eskü is volt szükséges iur. c. speciale, a mely a német jogban tovább is fenmaradt. Hazai jogunkban ez utóbbi úgy látszik nem fordult elő. — További biztosíték volt a római jog szerint a *stipulatio* és *restipulatio* kezes állítása mellett vagy a nélkül és majd az alperest, majd a felperest, illetve perbeli képviselőiket terhelte. A részleteket l. Gaius: Inst. IV. 88—102., 171., 180.; Iustinian Inst. IV. 11.; D. 2., 8.; D. 46., 5. és 7. A középkori jogokban kifejlődött a biztosítékadás *záloq* vagy e helyett egy bizonyos pénzösszegnek birói kézhez való letétele alakjában. Wetzel: i. m. 321. s k. ll. — A biztosítékadás egy további alakja gyanánt úgy a római, mint a középkori jogokban szerepelt a *zárlat* is. Habár nem szenved kétséget, hogy ma a perbeli biztosítás oly tág körben és oly alakban, mint a régi jogok szerint, nem alkalmazható, de az mégis méltán képezheti megfontolás tárgyát, vajjon ma is nem kellene-e több esetben zálog-

A biztositékadás ezen esetekben nem alapszik a felek szerződésén, mint általában a római jog szerint (l. a jegyzetet), de a biztosítás módját a felek mégis szerződésileg meghatározhatják. Ennek hiányában a biztosítás pénznek vagy értékpapíroknak bírói kézhez való letételéből áll. (S. E. 12. §. V. T. 42. §.; Terv. 128. §.) Végül perbeli biztosíték jellegével bir a *biztosítási végrehajtás* és a zárlat is, midőn ezek a per megindításával egyidejűleg vagy legalább annak folyama alatt rendeltetnek el és foganatosíttatnak (V. T. 223—227. §., 237. §.), úgy hogy az alperes részéről a tagadás, kifogások felhozatala és bizonyítása, felebbvitel csak ama biztosító intézkedések mellett lehetséges.

IV. A perbeli cselekvények nem oly természetű cselekvények, mint a magánjogi *jogügyletek*. Azok által ugyanis a felek közt semmiféle jogviszony sem jön létre, nem is módosul, nem is szünik meg, s így a felek perbeli cselekvényeire a perbeli jogügylet elnevezését használni, nem megfelelő.[1] Nincs azonban kizárva, hogy a felek a perben oly magánjogi ügyletet kössenek, a mely által a pert itélet nélkül megszüntetik. Birói egyezség. Az sincs kizárva, hogy a felek a peren kívül jogügyleteket kössenek, a melyek egyes perbeli cselekvények miként való véghez vitelére vonatkoznak, feltéve, hogy a törvény az ezen irányú ügyletkötést hatályosnak elismeri. Ezen szempont alá esik a birói hatáskör vagy illetőség kikötése (S. E. 1. §. 5. T. 52. §-a; Terv. 3. §. 2. a, 45. §.) és a szerződéses lemondás a felebbvitelről. (N. 31. §., S. E. 127. §.) Mindezek magánjogi jogügyletek, a melyek egy per mikénti lebonyolítására irányulnak, s ennyiben nem helytelen *perbeli jogügyletekről* szólani. De nem szabad felednünk, hogy ezek az ügyletek még nem perbeli cselekvények.

adástól, illetve birói letéttől egyes perbeli cselekvényeket függővé tenni, a melyeknél nagyon valószinű, hogy az ellenfélnek sikertelenségük esetében kárt fognak okozni? Az osztrák perr. 408. §-a ennek elhárítására azt rendeli, hogy a bíróság azt a felet, a ki nyilvánvalóan rosszhiszeműleg folytatta a pert, a nyertes fél kérelmére egy megfelelő kártérítésben elmarasztalhatja. Ez kétségkívül sokat ér, de nem oly hatályos, mint az előzetesen adandó biztosíték.

[1] Használják azt különösen a következők, TRUTTER: Die processualischen Rechtschgesäfte 100. s k. ll. és Das österreichische Civilprocessrecht. 122. s k. ll.; KOHLER: Der Process als Rechtsverhältniss, 41. s k. ll.

## 8. §. Nézetek a per jogi természete felől.

A perről alkotott eddigi fogalmak legnagyobb részt helytelenek, mert a per természetének félreismerésén alapulnak. A régebbi irók a pert teljesen *magánjogi* oldalról fogják fel, úgy tekintvén azt, különösen az azt megindító cselekvényt, a keresetet, mintha az a perbe vont jogosítványnak csak más oldalról való nyilvánulása volna. Az ujabb irók pedig a pernek *közjogi* természetét felismerik ugyan, de a perben a felek és az állam közt oly jogviszonyokat látnak, melyek a per közjogi természetével ellentétben állanak.

A régibb irók felfogása nyilvánul mindenekelőtt a rendszerben; a perjogot a magánjog részének tekintik s annak körén belül adják elő.[1] E tekintetben egyébiránt csak a római jogirókat követik, elfogadván a magánjognak a Gaius-féle hármas felosztását: de rebus, personis, et de actionibus. Azok pedig, a kik tüzetesen csak a perjog feldolgozásával foglalkoznak, a per természetének meghatározására szintén nem fordítanak gondot, beérik azzal, hogy a per a magánjog érvényesítésének eszköze.[2]

A per természetére vonatkozó legelső kutatások is a magánjog köréből indulnak ki s nem is az a céljuk, hogy per a lényegét megvilágítsák, hanem az, hogy a magánjogi jogosítvány minő alakban s minő feltételek mellett érvényesíthető per útján. A jogosítvány azon alakjában, a melyben az per útján érvényesíthető, *keresetnek, actio* — neveztetik. Azonban azt a cselekvényt, a melylyel a per megindíttatik, szintén keresetnek, actio nevezik. Ennélfogva az irók, a kik a kérdéssel foglalkoznak, ki is jelentik, hogy csak a magánjogi értelemben vett keresettel foglalkoznak, nem egyuttal a perjogival, mely miként az egész perjog a magán jog rendszerén kívül fekszik. Savigny,[3] Umger,[4]

[1] V. ö. példaképen Kelemen: Inst. iuris privati Hungarici III. k. Frank: i. m. II. k. Régibb iróink közül kivételt képez Kitonich, a ki a polgári perjogot egy önálló munkában: Directio methodica processus iudiciarii iuris consuetudinarii incliti regni Hungariæ 1701, tárgyalja.

[2] V. ö. különösen Wetzel: i. m. 1. s k. ll.

[3] System des heutigen Röm. Rechts V—VII. k.

[4] System des öst. Privatrechts II. k. 322. s k. ll.

Windscheid[1] s általában az ujabb magánjogi írók munkái ezt eléggé bizonyítják.

Nem akarjuk itt vizsgálni azt, hogy ezen írók meghatározásai a magánjogi keresetjogról helyesek-e, mert a per ettől teljesen független. A per a nélkül is létrejöhet és lefolyhat, hogy a felperesnek magánjogi jogosítványa volna. Szükséges azonban kiemelnünk, hogy a magánjogi kereset fogalmának vizsgálata a magánjog körén belül egészen helyes. Mert a magánjogi jogosítvány hatályát csak úgy ismerhetjük meg, ha tudjuk, hogy a jogosítványt mikor lehet per tárgyává tenni, s hogy arra a per minő befolyással bír.[2] Egyébiránt ez a vizsgálat a perjog helyesebb ismeretére is vezetett annyiban, hogy belátták, mikép a perjog a magánjog rendszeréből kizárandó; másrészt pedig arra is vezetett, hogy a pernek, különösen az ezt megindító cselekvénynek, a *keresetnek* természetével is foglalkozzanak.

Azok, a kik ezt megkisérlik, a mint ez másképen nem is történhetett, a magánjogi keresetnek fogalmából indulnak ki. Valamint a kereset magánjogilag nem egyéb, mint jogosítvány, a mely tehát mindig egy más személy, mint kötelezett ellen irányul: épúgy a perindító cselekvényt, a keresetet is jogosítványnak nézik. Az írók közt e tekintetben csak annyiban van különbség, hogy egyesek, különösen azok, a kiknek figyelmét a kérdés legelőször ragadja meg, mint Muther és Bekker — a magánjogi keresetjogot és a keresetet, mint perindító cselekvényt nem képesek egymástól elválasztani. Muther[3] szerint a rómaiaknál a magánjogaiban sértett félnek jogosítványa volt a praetor mint az állam közege ellen jogsegélyre, de ennek előfeltételét képezte, hogy a félnek sértett jogosítványa legyen. Nincs tehát jogosítvány a védelemre, ha nincs sértett magánjog. Bekker[4] épen megfordítja a tételt. Szerinte a kereset, az actio: jog a jogvédelemre, előfeltétele az igény kényszer útján való érvényesítésének. De viszont az actio sikerének előfeltétele, hogy oly jogosítványunk legyen, mely épen az illető actioba

[1] Lehrbuch des Pandektenrechts I. k. 111., 400. és k. ll.

[2] V. ö. erre nézve még Reinhold: Über den Begriff einer Rechtsverletzung als Vonaussetzung des Klagerechts. Zeitschrift für deutschen Civilprocess. XXI. k. 1. s k. ll.

[3] Zur Lehre von der Röm. Actio. 45. l.

[4] Die Aktionen des Röm. Privatrechts. I. k. 15. l.

esik. Mind a kettő köz- és magánjogi jogosítvány egyidejűleg, s mind a kettő három személy közt állapít meg jogviszonyt. Az actio közjogi jogosítvány az állam ellen birórendelésre, magánjogi az alperes ellen perbebocsátkozásra; az igény (Anspruch) közjogi jogosítvány a bíró ellen megfelelő itélkezésre, magánjogi az alperes ellen teljesítésre. Egy nevezetes lépéssel viszik a kérdést előre a megoldáshoz Plósz és Degenkolb, midőn a perindító cselekvényt, a keresetet, egy közjogi jogosítványnak mondják az állammal szemben az elbírálásra, mely attól, vajjon a felperesnek az alperes ellen magánjogi jogosítványa van, teljesen független. A keresetjogot tehát mint közjogi jogosítványt a perindításra élesen elválasztják, a pusztán csak az alperes ellen irányuló magánjogi jogosítványtól.

Mindezek a meghatározások egy közös hibában szenvednek, hogy a közjogi jogviszonynak helytelen felfogásán alapulnak. Ennek a jogviszonynak valóságos torzképét a Bekker-féle, különben is nagyon homályos meghatározásban látjuk, mely szerint egy és ugyanazon jogviszony, az actio és az igény egyaránt, különböző személyekhez való vonatkozás szerint, köz- és magánjogi jogositvány volna. Itt egyébiránt Muther és Bekker nézeteinek részletesebb birálatától eltekintünk, hanem behatóbban fogunk foglalkozni Plósz és Degenkolb nézeteivel, miután ezek a későbbi perjogi elméleteknek is alapját képezik.

### *I. Plósz és Degenkolb.*

A véletlen sajátszerű játéka, hogy egy eszme egymástól függetlenül két különböző személy elméjében szülemlik meg és nyer feldolgozást. Ez történt a keresetnek, mint közjogi jogosítványnak fogalmával. Plósz is, Degenkolb is egymástól függetlenül állították fel a tételt, hogy a kereset közjogi jogosítvány. Sőt Plósz Degenkolbot meg is előzte, bár ezt, minthogy az ő német értekezése később jelent meg mint Degenkolbé, Németországban nem veszik figyelembe. Nekünk azonban nem szabad megengednünk, hogy tőle az úttörés dicsőségét elvitassák.

Plósz elméletét a keresetjogról három értekezésben [1] fejti ki.

[1] A keresetjogról. Magyar Igazságügy V. k. 167. s k. ll. és 231. s k. ll. 1876. Adalékok a keresetjog elméletéhez. Magy. Igazságügy XI. 337.

Ezeket nem fogjuk külön-külön ismertetni, hanem belőlük az eredményeket általában fogjuk levonni; alapul azonban mégis a legelsőt és a német nyelven megjelent utolsó értekezését vesszük. Plósz szerint a keresetjog, jog a peralapításra, s irányul egyrészt a bíróság, mint az állam közege, másrészt pedig az alperes ellen. A bíróság ellen annyiban, mert a felperes követelheti a bíróságtól keresetének szabályszerű elintézését, az alperes ellen pedig, mert követelheti tőle a perbebocsátkozást, azaz a felperesi jogállítás tagadását. Ennek alapján a per egy háromoldalú, mert három személy közt fennálló jogviszony s mely egyuttal előrehaladó, miután az egymásra következő cselekvényeknek egy egész lánczolatából áll. A keresetjog csak annyiban illeti meg a felperest, a mennyiben egy concrét magánjogi jogviszonyt állít. Az nem szükséges, hogy magánjogi jogosítványa legyen, szükséges azonban, hogy egy ilyen jogviszonyt állítson. De a kinek van per utján érvényesíthető magánjogi jogosítványa, annak van joga a peralapítása is, tehát keresetjoga; úgy hogy a keresetjog perjogi értelemben a magánjogi jogosítványnak immanens tulajdonsága. A keresetjog, mint jog a peralapításra, a peralapítással ki van merítve, tehát megszünik. A peralapítás után egy új obligatio jön létre, a *per-obligatio*; hogy azonban ebben minő a felek jogviszonya egymáshoz, azt Plósz nem fejti ki. A peralapításra irányuló keresetjogot következetesen úgy az állammal, mint az alperessel szemben való vonatkozásban közjogi jogosítványnak mondja, bár kijelenti, hogy erre nem helyez valami nagy súlyt, mert a magánjog és közjog közti különbség sok esetben nincs élesen megvonva.[1]

Ebben röviden megismertettük Plósz elméletét; német értekezésében azt, különös tekintettel az időközben megjelent Degenkolb-féle munkára, részletezi és más kérdésekkel megtoldja. Így behatóan megindikolja azt, hogy a keresetjog a felperest az alperessel szemben miért illeti, azaz, hogy az alperes miért tartozik a perbe bocsátkozni? Minden jogviszony jellemzője, hogy az egyik fél a másiknak jogi helyzetét a jövőben megváltoztathatja, mely változtatás azonban már a jelenben meg van állapítva. A perindítás által a felperes az alperes jogállapotát megváltoztatja, mert az

s k. ll.; és 558. s k. ll. 1879. Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Lipcse, 1880.

[1] Magy. Igazságügy V. 232. s k. ll.

alperes perbebocsátkozni tartozik, e kötelesség tehát őt csak a felperessel szemben terhelheti. A perbebocsátkozási kötelesség az alperes részéről csak a felperessel, s nem az állammal szemben áll fenn, mert az államnak a concret esetben az alperes perbebocsátkozása nincs érdekében. Ha a perbebocsátkozási kötelesség az alperest az állammal szemben terhelné, a mulasztás következményeit hivatalból s az állam javára kellene kimondani, mi legalább most nem történik. Arra, hogy a tanút is megjelenési kötelesség az állammal s nem a felekkel szemben terheli, hivatkozni nem lehet, mert a következmények is mások. Ha a tanu ellenszegül, ellene hivatalból gyakorolnak kényszert s a büntetés, mely a tanút éri, az állam s nem a fél szempontjából van megállapítva, e fölött a fél nem rendelkezhetvén.[1]

Azt pedig, hogy a keresetjog az állam ellen irányuló közjogi jogosítvány azzal indokolja, hogy a per megállapításához a bíróság cselekvénye is tartozik. A bíróság mint az állam organuma van a felperesnek lekötelezve tehát le van kötelezve az állam, s kötelességét már annak puszta nem teljesítése által sérti, mit a perjogi szabályok értelmében teljesítenie kellene. A bíróság perjogi kötelessége kiterjed a következőkre: a bíró köteles a peralapításnál közreműködni, de közreműködését meg is tagadni, ha a peralapítás valamely feltétele hiányzik, különösen az alperes védekezése esetében a tényeknek és a jogszabályoknak megfelelően dönteni, továbbá köteles a biró az in iudició eljárásban a tényeldöntésnél közreműködni, a felek által előterjesztett anyagot ész- és jogszerüen felismerni, abból következtetni és azután egy érvényes, megfelelő itéletet hozni. Ezzel a bíróság kötelességei még nincsenek kimerítve, de a többiek már a peren kívül fordulnak elő. Nevezetes, hogy a bíróságnak nem kötelessége, hogy igazságos itéletet hozzon, olyant, mely ha jogerőre emelkedik, a fél magánjogi állását ne sértse. Egy a magánjog szerint igazságtalan itélet tehát nem perjogi sérelem a félre, de magánjogi sem, mert magánjogi viszonyban a biró a féllel nem is áll. A fél perbeli jogait *kényszerrel* is érvényesítheti a bírósággal szemben, nem ugyan önhatalmulag, hanem perorvoslatok által, melyek folytán az ügy másik bíróság elbírálása alá kerül. A sérelem tehát létesíti *a perorvoslati jogigényt.*[2]

[1] Beiträge 73. s k. ll.
[2] Beiträge 107. s k. ll.

Ezen elméletnek, mindenek előtt az a hibája, hogy annak értelmében a per egységes, de mégis három oldalú jogviszony, három személy, a fel- az alperes és az állam között. Minden jogviszony csak kétoldalú, az egyik a jogosult, a másik a kötelezett oldala. Mindegyik oldalon jogosultak, illetve kötelezettek gyanánt többen is szerepelhetnek, de ez feltételezi, hogy a jogosultság, illetve kötelezettség valamenyire nézve azonos tartalmú legyen; mert csak ekkor lehetséges az, hogy a többek jogosultságát vagy kötelezettségét egy tény létesítette, egységes jogviszonyt pedig mindig csak egy tény létesíthet. Mihelyt azonban több személy közt különböző tartalmú jogosítványokat, illetve kötelezettséget látunk, ott szükségképen több a tény is, melyekből azok származnak, s így több az illetők közt a jogviszony. Már pedig kétségtelen, hogy a perben mindegyik félnek más tartalmú kötelezettségei vannak, több tehát a tény, mely azokat létesíti, s így több a jogviszony is. Hogy ezek egymástól feltételezvék, az egységes voltukat nem idézi elő. De különösen téves az, hogy a felperest megillető keresetjoggal szemben kötelezettként szerepelhetne egyrészt az állam, másrészt az alperes. Hogy Plósz az államot a felperes keresetjogával szemben közjogilag kötelezettnek tekinti, az csak következménye a perorvoslatokra vonatkozó, alapvető felfogásának, mely szerint a félnek kikényszeríthető joga volna az állam ellen, a birósága által okozott perbeli sérelem orvoslására. És, ha ez a fél joga, akkor kell, hogy a perben való közreműködés az állam kötelessége legyen. E tétel helyessége attól függ, a mit azonban Plósz közelebbről meg nem világít, hogy miként fogjuk fel az elleni állam közjogi jogosítványt. Ha alatta egy az állam ellen irányuló, kikényszeríthető jogosítványt értünk, akkor az mindenesetre helytelen, mert ilyen tartalmú jogosítvány az állam ellen nem létezik. Ha pedig alatta a félnek csak egy az állam által megengedett cselekvényét értjük, akkor az elnevezés nem eshetik kifogás alá. És ha a keresetet ebben az értelemben vesszük közjogi jogosítványnak, ez nem azért van, mert az állam kötelessége a birósága által okozott sérelmeket orvosolni. A perorvoslat fogalmára ugyanis nem az a döntő, hogy ki a perbeli hátrány oka, hanem az, hogy a perbeli hátrány milyen *módon* nyer orvoslást. (l. 53. §.) Másrészt téves az is, hogy az alperes a felperesnek volna közjogilag lekötve a perbebocsátkozásra, nem pedig az állammal szemben, úgy, hogy ennek folytán az alperes és az állam közt jogviszony nem is jönne létre. Téves

ez mindenekelőtt azért, mert a fel és alperes közt közjogi kötelem, ennek sajátszerü természeténél fogva létre sem jöhet. Ha az alperes a perbe való bocsátkozásra a felperesnek kötelezettjévé válnék, kötelezettsége legfelebb csak magánjogi lehetne. Az alperesnek perbebocsátkozási kötelességét nem lehet a felpereshez, hanem egyedül az államhoz való jogviszonyából kimagyarázni; de épen ez az, a mit Plósz tagad. Ha az ő nézetét elfogadva, feltesszük azt, hogy a perben az állam és az alperes közt semmiféle jogviszony sem jön létre, akkor hogyan lehetséges az, hogy az állam bírósága az alperes ellen is joghatályosan végez perbeli cselekvényeket? Ha valaki ellenünk jogi cselekvényeket joghatályosan végezhet, annak szükségképen jogviszonyban kell velünk állania, pusztán tényleges viszony alapján ez teljesen lehetetlen. De annak indokolása is helytelen, hogy az állammal szemben miért nem áll a perbebocsátkozási kötelesség, t. i. azért, mert az államnak a concret per körül nincs érdeke. Ha ez igaz volna, akkor az államnak volna annyi gyakorlati érzéke, hogy a felek vitájába egyáltalában bele sem avatkoznék. A dolog azonban épen ellenkezőleg áll. Az államnak egyik legfontosabb érdeke, hogy a felek közti jogviták helyesen elintéztessenek, mert ettől függ az egész jogrend biztonsága, s ez az érdek minden concret esetben nyilvánul. Azonban a jogviszony helyes elbirálása nemcsak az állam, de a felek érdeke is, s erre való tekintettel az állam eljárása sajátszerű jelleget ölt. Az állam ugyanis az elbirálandó jogviszonynyal szemben kétféle módot követhetne. Az egyik, hogy a felek közti jogviszonyt a tényeknek megfelelően döntené el, tekintet nélkül a felek akaratára; a másik, hogy ezt mindig a felek kifejezett akarata értelmében teszi. Egészen elvontan lehetne azt mondani, hogy az államnak érdekében az objectiv eldöntés áll, a mint erre példákat is lehet felhozni a házassági perek köréből. Czélszerűségi szempontból azonban az állam szabályként a felek akaratához tartja magát, mert arra a meggyőződésre jutott, hogy a jogrend ez által jobban van biztosítva. Nyilvánvaló ebből, hogy ha az állam a per eldöntésénél a felek akarata folytán jár el, azaz «csak azért akar, mert a fél is akar», csak a saját, a concret esetben nyilvánuló érdekét óvja meg; és ha csak az egyik fél kezdeményezésére kötelezi cselekvésre a másikat: ezzel szemben csak a saját jogát gyakorolja, ez a fél pedig csak az állam iránti kötelességét teljesíti. Hogy az ellenszegülő, nem cselekvő fél *kötelességsértésének* következményei

nem az állam, hanem a másik féllel szemben volnának megállapítva, az csak látszat. Mindössze csak annyi igaz, hogy az állam ma a kötelességsértő ellen nem alkalmaz *közvetlen*, hanem csak *közvetett* kényszert. Ha ugyanis az alperes a keresetre történt idézés folytán meg nem jelenik, az állam azt mondja: én neked megparancsoltam, hogy előttem megjelenve nyilatkozzál, vajjon azt a tényt, melyet a felperes állít valónak tartod-e vagy sem? Én azért, hogy parancsomnak eleget nem tettél, nem büntetlek meg, bár megtehetném, mert van ellened egy hatályosabb eszközöm: az, hogy a felperes által állított tényt *valónak* veszem, minek következtében közegeim a hosszas bizonyítási eljárás lebonyolításától megszabadulnak. Igaz, hogy ezen közvetett jogkövetkezmény a felperesnek is javára válik. Ámde ez csak *reflex hatása* az állam ellen elkövetett kötelességsértésnek, nem pedig olyan, a mely az alperest azért érné, mert a felperes elleni kötességét sértette meg volna.

Plósz elméletének további részleteibe itt nem bocsátkozunk, ezekről később lesz szó. Itt még csak azt jegyezzük meg, hogy elméletének még az a fogyatkozása is van, hogy a pernek csak egy részére, a peralapítási szakra vonatkozólag van felállítva. Hogy a per további folyamán a perbeli személyek jogviszonya mikép alakul, azt Plósz nem fejti ki.

Degenkolb egy évvel később körülbelül ugyanazon eredményekre jut[1] mint Plósz. Degenkolb szerint is a keresetjog a perbe vont magánjogi jogosítványtól teljesen független jogosítvány.[2] E keresetjog irányul egyrészt az állam, másrészt az alperes ellen. Hogy az állammal szemben miben áll, azt, mint nyiltan ki is mondja, nem kívánja fejtegetni. Az alperessel szemben, s ezt már tüzetesen tárgyalja, irányul a *perbebocsátkozásra*. Az alperes közvetlenül a felperreshez s nem bírósághoz való viszonyából tartozik perbebocsátkozni, s végoka az, hogy az alperesnek segédkezni, közreműködnie kell ahhoz, hogy a perben itélet hozható legyen. E közreműködést a felperes személyiségéből folyó jogán követelheti. Személyiségéből folyólag a felperes követelheti, hogy személyisége elismertessék. Személyiségének elismerését követeli

[1] Értekezése, melyben elméletét kifejti: Einlassungszwang und Urtheilsnorm. Lipcse, 1877.

[2] U. o. 14. l.

a felperes, midőn a birói útra lép, különösen azóta, hogy az önbíráskodás el van tiltva. Tartalma a perbebocsátkozási kötelességnek az, hogy az alperes vagy valónak jelentse ki azt, a mit a felperes állít, vagy pedig azt tagadja. De hogy az, a mire az alperesnek igenlőleg vagy tagadólag nyilatkoznia kell, a felperes által állított tény, vagy pedig az abból vont jogi következtetés, jogállítás, azt Degenkolb nem fejti ki. A keresetjog, mint a személyiségből folyó jog, közjog, miután a személyiségi jog is az. Így tehát az alperes perbebocsátkozási kötelessége a felperessel szemben szintén közjogi természetü. E kötelesség azonban bizonyos korlátokhoz van kötve; az egyik, hogy a felperes állitása *joghiszemű* legyen, a másik, hogy a felperesnek, *jogi érdeke* legyen, azaz egy a keresetén túl állónak gondolt jogositványa. Az igazmondás különben a feleknek egymással szemben fennálló kölcsönös kötelessége. S ez alapon az alperes nyilatkozási kötelességét még ki is terjeszti. Az alperes tartozik egyrészt a felperes keresetjogával szemben igazmondóan nyilatkozni, másrészt pedig a felperesnek objective megállapitott jogositványát positive valónak elismerni.[1]

Degenkolb elmélete sokkal szükebb körben mozog, mint Plósz s így sokkal hézagosabb is. Ő a feleknek az államhoz való viszonyát nem vizsgálja; pedig meggyőződésünk szerint csak az az elmélet viszi közelebb a kérdést a megoldáshoz, a mely első sorban annak a viszonynak felderítésére irányul. Hogy az alperest a felperessel szemben közjogi természetü perbebocsátkozási kötelesség nem terheli, a tekintetben csak a fentebb kifejtettekre kell utalnunk. E kötelesség indokolása a személyiség jogából reánk itt közvetlen érdekkel nem bir. Tagadhatatlanul helyes Degenkolb elméletében az, hogy ő az alperes nyilatkozási kötelességét alternative veszi, a mi sokkal helyesebb mint az, a mit Plósz állít, hogy az alperes nyilatkozási kötelessége a jogállítás tagadásában állana, mint ezt később bőven lesz alkalmunk kifejteni. Ellenben téves az a tétele, hogy az alperes nyilatkozási kötelessége, köteles lévén az alperes igazmondásra, kiterjedne az objective megállapitott keresetállítás elismerésére. Ha ez az állítás való, az a birói döntés tekintélyénél fogva fog az alperes ellen érvényesülni. Hogy az alperes azt elismeri-e, az teljesen közömbös. A mi pedig a felek igazmondási kötelességét illeti, az ha fennáll, csak az állammal

[1] V. ö. a fentiekre nézve különösen 14—64. ll.

szemben állhat fenn, nem pedig az egyik fél részéről a másik iránt. Azon alárendeltségi viszonynál fogva, melyben az egyesek az államhoz állanak, az utóbbi elvárhatja, hogy az, a kit nyilatkozásra felhiv, igazat mondjon. És több esetben tényleg büntetéssel is sujta azt, a ki ez ellen vét.

### *II. Bülow és Wach.*

Mint minden új eszme, úgy az is, melyet Plósz és Degenkolb kifejtettek, visszahatást idézett elő. E visszahatás legelőször és legnagyobb mértékben két irónál észlelhető: Bülownál és Wachnál.

Bülow egyik értekezésében [1] foglal állást Degenkolb ellen. Sajátszerű, hogy épen ő, a ki egy korábbi még 1868-ban megjelent munkájában emeli ki, hogy a per *jogviszony*, melyből kölcsönösen *jogok* és *kötelességek* származnak,[2] s a mely Plósznak is szolgáltatta az alapeszmét elméletének felállításához; az említett értekezésében pedig Degenkolbbal szemben kifejti, hogy a felek a perben csak *jogot* gyakorolnak, s különösen az alperest a felperessel szemben semmiféle perbebocsátkozási kötelesség nem terheli. Alapelve: a modern jogok szerint a felek minden perbeli cselekvénye csak *joggyakorlás* s nem *kötelességteljesítés*. Midőn a felperes pert indít csak jogot gyakorol; a per már azáltal van megalapitva, hogy a felperes keresetét benyujtja, illetve ez az alperesnek kézbesíttetik. Midőn pedig az alperes a perben nyilatkozik, szintén csak jogot gyakorol, a védelem jogát s nem teljesít kötelességet mint a classicus római perben, a litis concestatioban. Az alperesnek a perben különösen joga van *ellenmondani* (Abwehrprincip), mert senki sem kényszeríti őt az ellenmondásra, tehát ez nem is lehet kötelessége. Ha a fél ellenmondási jogával nem él, csak bizonyítási jogáról mond be, s így, ha az ellenfél állítását ő nem támadja meg, miért kellene azt a bírónak valótlannak vennie? Nem kell minden állítást præsumtive

[1] Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten, Archiv für civ. Praxis LXII. k. 1—96. ll.

[2] Die Lehre von den Processeinreden, Giessen, 1868. Az elsőbbség azonban még sem az övé, bár sokan neki tulajdonítják. Már egy korábbi irónál Martin: Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes. Lipcse, 1855. I. k. 14. l. is olvashatjuk, hogy a perbeli jogosítványok és kötelességek, melyek alanyai, szerinte a felek és a bíróság egyaránt, egy sajátszerű kötelmi *jogviszonyt* alkotnak.

hazugnak venni. Ennélfogva a biró a felperes meg nem támadott állítását valónak vévén, pusztán annak alapján fog itélni. Itt tehát semmiféle kötelem sem terheli a *felet*, mert semmiféle büntetéssel, semmiféle kényszerrel nem lesz rászorítva, hogy nyilatkozzék. Csak nem teljesítési kényszer az, ha elrendeltetnék: hogy ha a kötelezett valamit tenni nem akar, hogy az teljesíttettnek vétessék. Ha az adós nem fizet, a kötelem az által nincs teljesítve, hogy azt mondjuk a hitelezőnek: vegye úgy, mintha kifizette volna. Igaz, hogy az ellennem mondó alperest joghátrány érheti, de nem azért, mintha kötelességet mulasztana, hanem mert jogot mulaszt el, miután a *jogmulasztót is joghátrány* éri. Ennek oka pedig az, hogy az egész per a *megtámadás* és *ellenmondás* gondolatára van alapítva. A ki megtámadtatik és nem védekezik, holott ehez joga van, elveszíti jogát. A per egy *jogkiderítési művelet* (Rechtsvergewisserungsoperation); nemcsak a jogszerzés, de a jogfentartás is fáradsággal jár, s a ki ezt nem fejti ki ott, hol szükséges, nem ok nélkül veszíti el jogát. Mert az állam nem vállalhatja el a jog védelmét a fél helyett; az állam eleget tett, midőn a jogvédő hatóságot kijelölte. Egyébiránt mindettől eltekintve, ha azt mondjuk, hogy az alperes kötelessége az ellenmondás, ez kényszer a *törvénytelenségre*, megbüntetése azért, hogy engedelmes és türelmes volt.

Bülow elméletének is az az egyik főfogyatkozása, hogy nélkülözi a kellő szabatosságot. Beszél a felek joggyakorlásáról a perben, a nélkül, hogy megmondaná, hogy ez a feleket kivel szemben illeti meg: egymással, az állammal vagy esetleg mind a kettővel szemben? Lehetetlen egy perjogi elmélettől sikert várni, mely ezt a kérdést a legnagyobb pontossággal meg nem oldja. Ettől függ a perjog egész rendszerének felépítése. Könnyű belátni, hogy egészen más szemmel kell néznünk a per szerkezetét akkor, ha azt mondjuk, hogy a perben az állam a feleknek van lekötelezve, vagy fordítva a felek az államnak. Azonban mégis abból, a mit Bülow a perről, mint jogviszonyról mond, hogy az a kölcsönös jogok és kötelességek viszonya volna, és hogy a perben a felek csak jogosítva vannak, azt lehet következtetni, hogy az állam a perben a feleknek kötelezettje volna. Így tehát Bülow elmélete teljes ellentéte saját nézetünknek. Hogy mi ez alapon Bülow elméletét, mely okoknál fogva tartjuk helytelennek azt az előadottak után elmondani csak ismétlés volna. E helyett itt csak az ő téves indokolását akarjuk birálat alá vonni. Helytelen első

sorban az, hogy a felet nem terheli kötelesség a nyilatkozásra, mert őt erre sem büntetéssel sem egyébként nem kényszerítik. Mert tudnunk kell, hogy ha az állam valamit az egyesekre ró, mint kötelességet önmaga iránt, ehez nem mindig fűz kényszert. Vannak állami parancsok, melyek nyomában semmiféle kényszer nem jár. De tudnunk kell azt is, hogy a kényszer, mely a parancshoz van kötve, nem mindig közvetlen, azaz nem irányul egyenesen annak teljesítésére, a mi meg van parancsolva, hanem sokszor közvetett, azaz a teljesítés helyett más következmények megállapításában áll. És épen ilyen következmények, mint láttuk, érik a felet akkor, ha nem nyilatkozik. A joghátrány tehát, mely a felet a nem nyilatkozás folytán a perben Bülow szerint is éri, nem azért sujtja, mert joggyakorlást mulasztana el, hanem azért, mert elmulasztotta kötelességét teljesíteni az állammal szemben. Joghátrány saját mulasztása folytán csak azt érheti, a ki kötelességet mulaszt, értvén itt joghátrány alatt bizonyos káros jogi hatást, mely a felet akarata ellenére sujtja. Ha a fél jogát nem gyakorolja, ez reá nézve nem joghátrány, mert egyszerűen lemond arról a teljesítésről, a melyet követelhetne. Ha azonban a félre valamely *kötelezettség* hárul akarata nélkül csak azért, mert valamit elmulasztott, akkor itt szükségképen kötelességmulasztás forog fenn; mert az állam senkire sem ró joghátrányokat valaminek nem tevése folytán, a nélkül, hogy a mit mulasztott, nem volna kötelessége, mert hiszen épen a mulasztottnak egyenértéke gyanánt nehezedik reá az új kötelezettség.

Bülow elmélete csak azzal a negativ haszonnal járt, hogy alkalmat szolgáltatott a kérdésnek egy új szempontból való megvitatására. Nevezetesen *Wach* foglalt állást Bülow ellen; de már korábban egy másik értekezésében Degenkolb elméletét is birálat alá vonta, tüzetesen körvonalozván saját nézetét. Később azonban ezt többféleképen módosítja. És minthogy ez a változás a kérdés megvilágítására nagyon tanulságos, értekezéseit egyenként vesszük.[1]

[1] Értekezései időrendben a következők: Defensionspflicht und Klagerecht, Grünhut-féle Zeitschrift VI. k. 516—558. ll. (1879), különösen Degenkolb munkájával foglalkozik; Praeclusion und Kontumaz, Grünhut-féle Zeitsch. VII. 131—172. ll. (1880.) Bülow ellen. Der Feststellungsanspruch. Lipcse 1889. V. ö. még ezekhez Handbuch des deutschen Civilprocessrechts I. k. 12. s k. ll. Lipcse 1885.

Wach első értekezésében, melyet Degenkolb munkájának hatása alatt irt, kifejti, hogy keresetjog, mint közjogi jogosítvány a perindításra, nem is létezik sem az állammal, sem az alperessel szemben, hanem a perbevontat terheli egy közjogi kötelezettség, hogy a felperes által perbe vont jogosítványt vitassa, tagadja (Defensionspflicht). E kötelesség azonban csak feltételes, azaz csak akkor áll be, ha az alperes a felperest ki nem elégíti, s nem feltétlen, mint a bűnvádi perben. A birót hivatali kötelesség terheli a perben eljárni, de nem a felekkel, hanem az állammal szemben. A mi különösen az alperest illeti, ennek kötelessége perbe állani, azaz a perbe vont jogosítványt vitatni, csak a *peralapításra* vonatkozik, s mint ilyen perelőfeltétel. Az alperes ezen kötelessége jól elválasztandó a nyilatkozási kötelességtől (Erklärungspflicht), a mely a felperes által felhozott tényekre való nyilatkozási kötelességből áll. A perbebocsátkozási kötelesség megsértésének következménye az: hogy a per az alperes nélkül is létre jön; a nyilatkozási kötelesség, mely egyébként mind a két felet terheli, megsértésének az: hogy a fél az ellenfél által felhozott tényekre nézve beismertnek vétetik. A felperes ténye, melylyel a pert megindítja nem jogosítvány, hanem csak *lehetőség* a pert létesíteni. Ennek támogatására pedig felhozza azt, hogy az állam valakihez parancsot intéz, valamit tenni, vagy tilalmat, valamit nem tenni, ez önmagában még nem állapít meg jogosítványt harmadik személyek részére tőle a tevést vagy nem tevést követelni, habár a parancs vagy tilalom hasznukra válik is. A tilalom vagy parancs csak *közjogi kötelességet* állapítanak meg, s betartásukat csak az állam van jogosítva követelni. Hogy a tilalom vagy parancs egy harmadik javára jogosítványt állapítson meg, ehez az állam elismerése szükséges, minek folytán ez utóbbi fél cselekvési szabadsága (Handeln-Dürfen) a másikra nézve kötelező lesz, s így köztük jogviszony jön létre. Ilyen elismerés nélkül a fél akaratelhatározása a másik féllel szemben még akkor sem jogosítvány, ha a másik félhez az állam annak az akaratelhatározásnak megfelelő parancsot vagy tilalmat intézett is. Azonban a keresetindítás sem a birósággal sem pedig harmadik személyekkel szemben nem jogilag védett akaratelhatározás vagy cselekvési szabadság, tehát nem jogosítvány; azt az állam ilyenné nem tette, s hogy tegye, arra elfogadható ok nincs is. Mert azt be lehet látni, hogy az állam azt, a ki alaptalan keresetet indít, büntetéssel nem sujtja, de azt csak nem is tiltja; azt is be lehet látni, hogy

mindenki a perindítás folytán perbebocsátkozni tartozzék; de hogy miért kellene magát az államnak összhangba helyeznie azzal, a ki a pert megindítja, hogy őt mindíg megvédje, azaz neki jogosítványt biztosítson, azt belátni nem lehet. Rosszhiszemű kereseteknél az épen képtelenség volna

Csak sajnálni lehet, hogy Wach ezen nézetét a keresetről, a Bülow ellen írt értekezésében megváltoztatja. Itt azt tanítja, hogy a keresetindítás jogosítvány és csak egyik nyilvánulása annak a jogosítványnak, melynél fogva az államtól jogvédelmet követelhetünk. (Rechtsschutzanspruch), feltéve, hogy oly érdekünk van, melyet az állam védelemre alkalmasnak elismer (Rechtsschutzinteresse). Ez nem annyit jelent, hogy mindenkinek magánjogi jogosítványa legyen, s a jogvédelem csak erre irányulna, mert a jogvédelem annak is áll érdekében, kinek magánjogi jogositványa nincs (pl. negativ megállapítási kereset). A keresetindítás ilyen érdek nélkül nem jogosítvány, hanem csak puszta lehetőség (res meræ facultatis). A jogvédelmi érdek által feltételezett igény a jogvédelemre, melynek a kereset csak egyik nyilvánulását képezi, az állammal szemben fennálló közjogi jogosítvány.[1]

Utolsó iratában Wach ezt a védelmi jogot *mellékjognak* nevezi, mely a magánjog szolgálatában áll. Itt azonban tovább menve még azt is mondja, hogy a közjogi jogosítvány a jogvédelemre nemcsak az állam, hanem *az ellenfél ellen* is irányul. Az ellenfelet is egy közjogi kötelezettség terheli, melynélfogva az ellenfél a jogvédelmi cselekvényt *elviselni, eltűrni* tartozik, mert a védelem nem lehet minden vonatkozás nélkül arra, a ki ellen irányul. Ez nemcsak a védelem fogalmából, czéljából, de egyes megjelenési formáinak feltételeiből és keletkezési okaiból is kitünik.

Wach tétele, a melyet legelső értekezésében felállított, hogy a keresetindítás nem jog, a helyes megoldás csiráját rejti magában. Egészen találó annak az indokolása is, hogy a perbebocsátkozási kötelesség az alperest miért nem terheli a felperessel, hanem az állammal szemben. Legutolsó iratában azonban azt is módosítja, azt állítván, hogy ez a kötelesség az alperest a felperessel szemben terheli. Hogy a keresetindítás csak puszta *lehetőség*, az a megengedett cselekvény fogalmából foly. Ha valamely cselekvény nem joggyakorlás és nem kötelességteljesítés, akkor az nem

[1] Handb. I. 19—23. l.

más, mint puszta lehetőség, a melynek véghezvitele szabad, a nélkül, hogy követelnünk lehetne, mikép ama cselekvény folytán valaki a mi javunkra valamit teljesítsen és a nélkül, hogy annak teljesítését tölünk követelni lehetne. A megengedett cselekvények az állam közjogi rendszerének mulhatlan kiegészítését képezik. Az egyeseknek az állam hatalmának olyatén alávetése, hogy minden cselekvésükre nézve az államnak lekötelezve legyenek, az állam érdekeire nem is szükséges, de tartósan nem is volna keresztülvihető, mert szükségképen állam jogrendjének megtörésére vezetne. Kell tehát, hogy az egyesek cselekvésének egy bizonyos része az állammal szemben való lekötelezés alól szabad maradjon. Ennélfogva vannak mindig cselekvények, a melyeket véghezvinni vagy véghez nem vinni, az egyesek belátásától függ. Ezek közé tartoznak azok is, a melyekkel az egyesek az államhoz jogsegélyért fordulnak. A jogsegélykérést megengedni és saját közegeit a jogsegélynyujtásra kötelezni, az államnak annál inkább kell, mert a jogosítványok önhatalmú érvényesítését eltiltja. Ha egyrészt tilos az önhatalom és ha másrészt az állam legelemibb érdeke az egyesek jogosítványainak sértését meg nem tűrni: akkor mulhatanul szükséges az államra nézve egy olyan berendezkedés, hogy önmaga meghatározza, mi az egyik fél cselekvése a másikkal szemben és a mennyiben ezt nem saját kezdeményezéséből teszi, elkerülhetetlenül szükséges, az egyeseknek megengedni, hogy tőle a cselekvés meghatározását kérjék. Ez a szükséghelyzet, melyben az állam a jogsegély nyujtása tekintetében van, vezet általában arra feltevésre, hogy az állam tartozik jogsegélyt nyujtani és hogy az egyeseknek jogosítványuk volna az államtól jogsegélyt követelni. Bizonyára ez vezette Wachot is arra, hogy korábbi helyesebb nézetét elhagyva, azt a meggyőződést vallja, hogy az egyeseknek egy általános jogvédelmi jogosítványuk van az állammal szemben, melynek, a jogosítvány a perindításra, a keresetjog, csak egyik nyilvánulását képezi. Hogy ez a következtetés messze megy és a közjog fogalmával semmikép sem egyeztethető össze, azt itt most már bővebben fejtegetnünk nem kell. Wach különben nem mondja meg, hogy a félnek az állam elleni jogosítványát a jogvédelemre, minő tartalmúnak tekinti. Nézetét csak akkor vetjük el teljesen, ha közte és más kikényszeríthető jogosítványok közt különbséget nem lát. Ellenkező esetben nézete csak azért helyteleníthető, mert nem határozta meg pontosan, minő tartalmúnak tekinti a jogvédelmi

jogosítványt. Lehetetlen elhallgatnunk hogy a közjogi jogviszony fogalmának valóságos eltorzítása nyilvánul abban, midőn azt állítja, hogy az alperest nemcsak az államal, de a felperessel szemben is terheli a perbebocsátkozási kötelesség, jóllehet első iratában egészen találóan kifejtette, hogy ez csak az államal szemben áll fenn.

### *III. Kohler.*

Még két iró nézetével kell itt tüzetesebben foglalkoznunk, melyek az eddigiektől több pontban lényegesen eltérnek. Az egyik Kohler, a másik Planck.

Kohler[1] szerint a per egy egységes, de összetett jogviszony, a mennyiben számos egymásra következő perbeli cselekvény által bonyolódik le. A per azonban jogviszony csak a *felek között,* mert a perben épen csak köztük jönnek létre jogok és kötelességek. A bíróság mint közjogi tényező közreműködik a perben, azonban ez még nem teszi őt a jogviszony részesévé. Hogy részes legyen ahoz érdek kell, a bíróságnak pedig nincs érdeke a perben. A biró a felekkel a perben nem egyenrangú tényező, hanem föléjük rendelt hatalom, melynek méltóságával sem fér össze, hogy a felekkel jogviszonyban álljon. A per helyettesitője az önbiráskodásnak; ennél a fél maga szolgáltathat magának igazságot, ellenben a perben a bíróság útján. A per nem panasz a bíróság előtt, hanem *küzdelem* az adós ellen. A per küzdelem a felek közt, nem pedig *vita.* De mégis ha a felek a biró előtt önként megjelennek, hogy végrehajtható okiratot kapjanak, az is per. A perből az elmondottak alapján nem származik *jogosítvány* a felek részére a bíróság ellen. Ha az állam igazságot szolgáltat, csak észszerü feladatát teljesiti az emberiséggel szemben. Arra nézve, hogy a feleknek jogositványuk volna az állam ellen igazságszolgáltatásra, nem bizonyíték az, hogy a felek a mennyiben nekik valamely közeg az igazságszolgáltatást megtagadja, egy más birói közeg elé járulhatnak, mert midőn ezt teszik, csak az állam egy magasabb hatóságánál keresnek oltalmat, melyet az alsóbb hatóság nekik megtagadott. Nem bizonyíték az sem, hogy a fél a mulasztó közeg ellen kártérítési keresettel léphet fel, mert ennek

[1] Munkája, melyben elméletet kifejti: Der Process als Rechtsverhältniss. Mannheim 1888.

egészen önálló alapja van, a sértett magánjog. Hogy a feleknek nincs jogosítványuk jogvédelemre az állammal szemben, leginkább abból tünik ki, hogy senki sem tekinti *szerzett jognak*. Ha az állam törvényt hoz, mely a jogvédelmet bizonyos irányban megtagadja, a felek nem kivánhatják, hogy nekik mégis a korábbi törvény szerinti jogvédelem nyujtassék. De, ha az egyeseknek nincsenek is jogosítványaik az állam ellen, a *bíróságnak mégis vannak közjogi kötelességei*, mert az államnak érdeke a jó igazságszolgáltatás. Itt bizonyára Kohler a birónak, mint az állam alkalmazottjának felelősségéről beszél az állammal szemben. És nem értheti az állam kötelességét, mert ha ezt értené, az a kérdés merülne, hogy az állam kinek felelős? Ezek nem lehetnének mások mint a felek. Ámde az ellenkeznék azzal a mit fentebb világosan mond, hogy a feleknek nincs jogosítványuk jogvédelemre az állam ellen.

A perviszonyt megállapítja *a keresetnyujtás*, egy *egyoldalu jogügylet;* nem kell ahoz az alperes hozzájárulása, közremüködése. Ennélfogva az alperest nem is terheli *perbebocsátkozási kötelesség*. Épen az a modern jogfejlődés legsajátosabb nyilvánulása, hogy a per a felperes egyoldalu ténye által is létrejöhet, ehez az alperes perbebocsátkozását is megkivánni, legfölöslegesebb dolog volna a világon. És mikor aztán kérdi, hogy miként lehetséges az, hogy akárki egy harmadiknak egyoldalú ténye által perbe vonható: erre azt válaszolja, hogy ennek oka az *ember sociális természetében* rejlik. Hogy jogokat gyakorolhassunk az ellenféllel szemben, ennek akarata ellenére is, ez az emberi társadalom egyik életkérdése. Ennélfogva a társadalom minden tagja *auctoritással* bir a társadalom más tagjai fölött, melynek azonban abban van határa, hogy az ellenfélnek is hasonló auctoritása van a fél fölött. Ez az auctorítás nem jog omnium contra omnes, nem alapszik az egyének individualis vonatkozásán, inkább minden jogosult tagnak, még az idegennek is az állásán alapszik a társas életben. Midenesetre ide is belenyul az individual jog, ez a személy integritására irányulván. Így nincs is publicistikai keresetjog, hanem csak *lehetőség* keresetauctoritással fellépni.

Az egyetlen kötelesség, mely a perből származik, a *költségviselésre* irányul. Ez a felet a másik féllel szemben terheli s igy az az ellenfélnek egyetlen perbeli jogosítványa. A költségviselés

kötelesség nem magánjogi, hanem *közjogi*, perjogi természetű, mely a per tényéből ered s nem származik a perből mint jogviszonyból.

Kohler elmélete nagy részben a már eddig ismertetett elméletekből van összetéve. Így feltalálható benne Wach régibb tanítása, hogy a keresetindítás nem jogosítvány, valamint Bülow az a tétele, hogy nincs kötelesség a perbebocsátkozásra. Vannak azonban uj eszméi is. Elméletének legfőbb hibája, hogy nem *jogi megoldás*. Tetszetős mondáskkal és hasonlatokkal, melyekben elmélete bővelkedik, nem lehet oly nehéz kérdést, minő a per jogi természete, megoldani. De nem tagadjuk, hogy van több helyes eszméje is, melyek azonban kellően tisztázva, kidolgozva nincsenek.

Helyes mindenekelőtt az a tétele, hogy az állam egy a felek fölé rendelt tényező, hogy az állammal szemben senkinek nincs jogosítványa jogvédelemre s hogy ellene jogosítványok a per folyamán sem jönnek létre. Azonban már nem helyes az, hogy a felek az állammal a jogvédelem tekintetében jogviszonyban nem is állanának, hogy a per kizárólag felek közti jogviszony volna. Abból, hogy a feleknek jogvédelemre jogosítványuk nincs, következik-e az is, hogy nem volnának kötelezve az állam birói hatalmának magukat alávetni s hogy ez alapon sem juthatnának az állammal jogviszonyba? Arra, hogy a feleket az állammal szemben ennek jogvédelmi hatósága tekintetében kötelesség terheli, Kohlernek rá kellett volna jönnie, ha azt a helyes gondolatát, hogy a bíróság a perben a felek fölé helyezett tényező, kiépíti. Fölé és alárendeltség viszonya a jogi életben nem jelenthet mást, mint azt, hogy a fölérendelt jogosult, az alárendelt kötelezett. Ha e nélkül veszszük a fölé és alárendeltségi viszonyt, az csak puszta *physikai erőviszony*. Hogy a per nem ilyen, az csak mégis nyilvánvaló. És nem is lehet belátni, miért ellenkeznék az állam méltóságával a felekkel jogviszonyba lépni? Hiszen ekkor egyáltalában nem is lehetnének közjogi kötelességek. Kohler azt a tételét, hogy az állam nem részese a pernek, a felek harczának, hanem csak közreműködő benne, csak úgy lehet érteni, hogy az állam a perben csak mint *tanusító közeg* járna el, hogy hitelesen legyen tanusítva, mikép a felek a maguk harczát, szabályszerűen megküzdötték. Igaz, hogy az a ki egy jogügyletnek, kötésénél tanuskodik, annak nem egyik alanya, akkor sem, ha a tanu szerepét közegei útján az állam töltené be és még akkor sem, ha a felek az ügyletet máskép mint állami tanuskodás mellett nem is köthetik. Más szavakkal a perenkivüli eljárásban az állam

nem egyik alanya a perenkívüli eljárás tárgyát képező jogügyletnek. A mint tehát az állam nem egyik alanya az ügyletnek itt: épúgy Kohler szerint nem alanya a pernek sem. Ezen érvelésnél azonban hiba van az összehasonlítás pontjára nézve. Abból, hogy az állam a perenkívüli eljárásban nem alanya a kötött jogügyletnek, csak azt lehet a perre átvinni, hogy állam nem egyik jogalanya az elbírálás tárgyát képező magánjogi viszonynak. A perenkívüli eljárásnak is azonban az állam csak úgy egyik alanya, miként magának a pernek; azt pedig, hogy Kohler a pert a felek harczának mondja, mire kiváló súlyt helyez, csak az önbíráskodásra illő, szellemes hasonlatnak tekinthetjük. A mint ma a per nem önbíráskodás, azon módon nem is harcza a feleknek, hanem csak segélykérés a fölöttük álló hatalomtól és eljárás a segélynyujtás iránt ugyanezen hatalom részéről.

Egyébiránt Kohler szerint a felek ebben a harczban jogviszonyban is állanak; csakhogy ebből a felekre jog és kötelezettség még sem származik, a feleknek egymás fölött csak auctoritásuk lévén. Mi azonban jogviszonyt jog és kötelezettség nélkül nem tudunk magunknak képzelni. Ha egy viszonynak nincs ez a kettős hatása, az nem jogviszony. Az auctoritás, melylyel a felek egymás fölött bírnak, vagy jogosultság vagy ha nem az, nem is jelent semmit. Ha nem jogosultság a Kohler auctoritása, az akkor csak tenyleges hatalmi túlsúly s mint ilyen a jog körén egészen kivül esik. Ha jogviszony ad valakinek túlsúlyt, az csak jogosítvány lehet. A felek a mi felfogásunk szerint a perben egyáltalában nem állnak jogviszonyban. A per alapján a felek közt előállhat ugyan jogviszony, de az nem lehet közjogi, hanem csak *magánjogi*, mert a felek közt csak ilyen állhat fenn. Ennélfogva a *perköltség* megfizetésére vonatkozó kötelessége az egyik félnek a másik iránt is csak magánjogi s nem, mint Kohler mondja, közjogi. A perköltség viselésére kötelezett fél szolgáltatott okot a perre, előidézője volt a másik fél vagyoni károsodásának, kell, hogy ezt a másik félnek megtérítse. De a perből károsodás az államot is éri, tehát neki is kártérítés fizetendő, vagyis a fél az *államnak is tartozik perköltséggel*. Hogy az állam jogát a perköltségre közjogi vagy magánjogi jogosítvány alakjában állapítja-e meg, az belátásától függ. Ma, névszerint a mi jogunkban közjogi jogosítvány; tehát a fél az állam perköltségét közjogi kötelesség alapján tartozik megfizetni (l. 15. §-t).

### IV. Planck.

Az az író, a kivel még foglalkozni akarunk *Planck.*[1] Szerinte, midőn a jogrend a jogviták fölötti döntést az államra ruházza és e czélra külön szerveket, a bíróságokat képezi ki: kényszeríti az egyeseket, hogy jogukat a bíróságnál keressék és tőle vegyék. Ámde az, a mi jogilag ki kényszeríthető, nem más mint egy felől a bíróság közjogi jogosítványa, másfelől a felek közjogi kötelessége. Ennek értelmében az egyik fél köteles az önbíráskodástól tartózkodni, s a bíróság jogsegélyét igénybe véve azzal megelégedni, mit neki a bíróság megítél; az ellenfél pedig köteles magát az ítéletnek alávetni s a másiknak teljesíteni azt, a mit ennek a bíróság megítél. Ehez még további kötelességek is járulnak, a melyek a szerint mások, a mint más a per menete. Ezek közé tartozhatik a bíróságnak *felvilágosítást* nyujtani. Egy másik a tárgyalási elvnek, de csak is ennek uralma alatt, az ellenfél *állítására felelni, nyilatkozni.* E kötelesség szintén csak a bírósággal szemben áll fenn. Azonban a tárgyalási elv uralma alatt a felek ezen kötelességei a bírósággal szemben, *az ellenfélnek jogává alakulnak át, szintén a bírósággal szemben.* Ha például a biró bizonyos feltételek mellett a felperes kérelmére az alperest a keresetre adandó válaszra kényszerítheti: az alperes a bíróságnak egyrészt választ adni köteles, másrészt azonban a felperes jogosítva is van a bíróságtól követelni, hogy az alperest válaszadásra kényszerítse. E jogok épen a tárgyalási elv uralmának feltétele mellett azért illetik meg a feleket a bírósággal szemben, mert csak akkor van a bíróság eljárásában a felek akaratához kötve, midőn a tárgyalási elv el van fogadva. *E törvényes kötöttség a felek akaratához a felek közjogi természetű jogosítványa a bírósággal szemben.* Ennek folytán egy jogviszony jön létre a bíróság és a felperes közt és esetleg az alperes és a bíróság közt, esetleg, a mennyiben az alperes a felperes által kért kényszer alkalmazását ellenzi.[2] Azon jogosítványok, melyek a tárgyalási elv alapján a feleket a bíróság ellen megilletik: jogosítvány *a meghallgatásra* és jogosítvány az ügy *elintézésére.*[3] Azonban a felek jogosítványaikat csak a perrend

[1] Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts I. k. 242. s k. ll. Nördlingen, 1887.

[2] 199. s k. ll.

[3] 244. l. és 51., 52. §§.

által előírt módon gyakorolhatják, ha nem teszik, jogosítványuktól akaratuk ellenére is elesnek. A fél azt is követelheti, hogy az ellenéfl ne hallgattassék meg, ha eljárása nem szabályos. Ez a félnek nem sajátképi, hanem csak *negatív joga*. Planck a felek perbeli kötelességeit is részletezi. Nem sajátképi értelemben vett perbeli kötelessége a félnek az, hogy azt a tevékenységet fejtse ki, mely a positiv vagy negatív jogosítvány gyakorlásához szükséges. Tulajdonképeniek a következők: kötelesség a bíró előtt megjelenni és a keresetre felelni, a megkezdett tárgyalást folytatni és ítéletnek eleget tenni. Az alperesnek a perben tehát felelnie kell a keresetre; de hogy mikép felel, ez már az ő belátására van bízva. Ő beismerhet, ő tagadhat. S ennélfogva nem a feleletadás, hanem csak a *tagadó feleletadás* az alperes jogosítványa. Ha nem tagad, úgy tekintetik, mint a ki erről a jogosítványról lemondott. Mindegyik peresfélnek a belátásától függ, hogy a maga perbeli jogosítványát gyakorolja-e vagy sem, ő a gyakorlásról le is mondhat.[1]

Csak egyszerű folyománya *Planck* álláspontjának az, hogy a *kereset jogosítvány* a bíróság ellen, mert a tárgyalasi elv alapján a pert megindítanl vagy meg nem indítani kizárólag a felperestől függ. Ő tehát elismeri a közjogi természetű keresetjogot, melynek egy formális és egy materiális oldala van. A formális oldal az, hogy alperes kényszeríttessék perbebocsátkozni, a materiális, hogy az alperes a teljesítésben marasztaltassék. Mindkét oldalról bizonyos perjogi természetű feltételei vannak, melyeket t. i. a perjog előír, melyek azonban úgy a köz- mint a magánjogtól lehetnek átvéve. Csak a formális oldal feltételei közül emeljük ki különösen azt, hogy a felperesnek *jogi érdeke* legyen a keresetindításra, a mi különösen jogsértés esetén forog fenn.[2]

Planck szerint a perben jogviszonyok csak a bíróság és a felek közt jönnek létre, de nem a felek között is. A per mint ilyen, egyáltalában nem jogviszony, hanem csak egy a jog által szabályozott viszony. A perben azonban a tárgyalási elv uralma alatt létrejönnek jogviszonyok, egyrészt a bíróság, másrészt a felek közt. Ennélfogva a per egységes ugyan czéljánál fogva, de nem egy *egységes előrehaladó jogviszony*. Hogy a per a felek közt is jogviszonyt teremtsen, szükséges volna, hogy azzá tétessék, pl. az által, hogy

[1] I. k. 278. s k. ll.
[2] II. k. 3. s k. ll.

a felek kényszeríttessenek egymásnak magukat lekötelezni, mikép a perben kitartanak, az ítéletnek magukat alávetik. És az sem volna lehetetlen, hogy a törvény kimondaná, hogy a perlési szándék kijelentése, a litis contestatio ilyen értelemben fogassék fel, a mi azonban tényleg nem történik.[1]

Mint érintettük *Planck* felfogásában helyes az, hogy a perben jogviszony csak a felek és bíróság közt áll fenn, nem pedig a felek közt is. Egészen megfelelő az is, hogy a per nem egységes jogviszony. De hogy a per két összetett s egymástól feltételezett jogviszony volna, azt már nem ismeri fel. Nem helyeselhető azonban már az az elve, hogy az, a mi a feleknek a bírósággal szemben kötelessége, a tárgyalási elv uralma alatt azoknak a bíróság elleni jogává alakulna át, azért, mert a bíró a felek akaratához köteles magát tartani. Az a körülmény, hogy a bíró a tárgyalás egész folyamán a felek akaratához van kötve, az ő perbeli kötelességeiket nem változtatja át jogosítványokká. Ez, mint láttuk, csak czélszerűségi szempontból történik a jogrend és a felek érdekeinek hatályosabb megóvására. Hogy Planck nézetének tarthatatlanságát kimutassuk, szükséges a felek jogosítványainak két osztályát megkülönböztetni, melyek, habár az egyes jogosítványokat részletezi, fejtegetéséből csak közvetve állapíthatók meg. Az egyik, hogy a félnek joga van a bíróságtól követelni, mikép eljárjon s így az ellenfelet nyilatkozattételre kötelezze; a másik, hogy az alperes — csak ezt tartja szem előtt — köteles lévén a perben felelni, ő többféle felelet közt választhat, s így ő beismerhet, de tagadhat is, a tagadó válasz tehát az alperes jogát képezi. Más szavakkal, ha az alperes két különböző nyilatkozat közt választhat, a tagadás az ő joga, ha pedig beismer, a jogról lemond. — Azon az alapon azonban, hogy a felperes köteles lévén a bíróság segélyét igénybe venni, ha erre magát tényleg elhatározza, nem származik a bíróság ellen joga az eljárásra. Sőt ellenkezőleg az által, hogy a kérését benyújtja, csak az állami jogsegély igénybevétele iránti kötelességét teljesítené, mint általában az, a ki teljesíti azt, mire kötelezve van, mindig csak kötelességet teljesít. S ezen még az sem változtat, hogy a bíró bizonyos szabályok szerint köteles eljárni, melyeknek betartását az állam attól teszi függővé, hogy a fél is azokat betartatni kívánja; ha tehát a bíró azokat megsérti, orvoslást csak a fél kérelme foly-

[1] I. k. 203. l.

tán nyújt. Itt az a látszat forog fenn, mintha csakugyan a fél jogáról volna szó, mert az állam csak akkor nyújt orvoslást, ha a fél a sérelmet felpanaszolja, tehát úgy látszik, mintha a fél a bíró részéről jogsérelmet szenvedett volna. Itt azonban nem szabad figyelmen kívül hagyni azt, hogy a bíró a szabályellenes eljárás által az állam iránti hivatali kötelességét sérti, mert az, hogy a bíró a felek ellen csak az előírt szabályok szerint járjon el, fontos állami érdek, ezt megóvni, a bírónak hivatali kötelessége. Az államnak tehát hivatalból kellene ellenőríznie, hogy közegei a perben az eljárási szabályokat betartsák. Hogy ezt legtöbb esetben nem teszi, annak oka az, hogy a közérdek megóvására azt nem tartja mulhatlanul szükségesnek, hanem, beéri azzal, hogy csak akkor pótoltatja a szabályszerűtlen eljárást más szabályszerűvel, ha a fél ez iránt kérelmet intéz hozzá. Az állam tehát a bíró eljárása szabályszerűségének ellenőrízését a felekre ruházza. Teheti ezt pedig azért, mert a közérdek itt teljesen megegyezik a magánérdekkel, s így az állam bízvást megszabadíthatja magát az ellenőrzés terhétől és azt a felekre háríthatja. Különben Planck mesterkélt magyarázatának helytelensége, mely szerint a fél kötelessége az állam bírói segélyét igénybe venni, a kereset indítás által a felperes jogává válik, abból is kitűnik, hogy arra nézve, mikép a fél az állami jogsegélyt igénybe vegye, nincs semmiféle kötelesség: mert ha a fél az állam jogsegélyét nem veszi igénybe, semmi olyan joghátrány őt nem éri, mely csak a kötelességmulasztás nyomában szokott járni. Ha tehát elfogadjuk is azt, hogy a keresetindítás jog, az nem olyan jogosítvány, a mely a tárgyalási elv alapján alakulná át egy kötelességből jogosítványnyá.

A Planck-féle jogosítványok második osztályára nézve: hogy a fél több nyilatkozat közt választhatván, a tagadó nyilatkozat az ő jogát képezi, mindenekelőtt az a megjegyzésünk, hogy miért volna épen csak a tagadó nyilatkozot a fél joga, s miért nem az igenleges is, miért kellene annak, mint Planck állítja, jogról való lemondásnak lennie? Azonfelül ha a kötelezett két teljesítés közt választhat, csak akkor van választási joga, ha a másik fél a választást tűrni tartozik. A fél azonban a ki kétféleképen nyilatkozhatik a perben nem bír kényszerhatalommal az állam ellen, így vagy amúgy nyilatkozni. Midőn az állam megengedi, hogy a fél nyilatkozási kötelességét többféleképen teljesíthesse, csak saját hatalmát enyhíti, korlátolja a fél ellen czélszerűségi okoknál fogva, de nem

ad neki választási jogot. S így, ha a fél a perben több nyilatkozat közt választhat, nem gyakorol jogot.

Azon kötelességek és jogok részletes bírálatától, melyek Planck szerint a félnek jutnak, itt eltekintünk, mert azt, hogy mely perbeli cselekvényekre terjed ki a felek kötelessége, fentebb tüzetesen megismertettük.

Hasonlóképen eltekintünk a többi írók nézeteinek ismertetésétől is, kik az említetteken kívül a per fogalmával foglalkoznak, miután újat nem mondanak, hanem különféle módosításokkal csak az előadott elméletek egyikét, másikát fogadják el.[1]

[1] Nevezetesebbek: Sohm: Grünhut-féle Zeitschr. IV. 464. s k. ll. a lényegre nézve Degenkolbot követi. Menger: System des österr. Civilprocessrecht I. 248. s k. ll. különösen Bülowval szemben kiemeli, hogy a per nem egységes jogviszony, 293. l. Canstein: Lehrbuch der Geschichte u. Theorie des österr. Civilprocessrechts II. 4. s k. ll. a pert a felek harczának tekinti, melyből a bíróra és a felekre kölcsönös kötelességek és jogok állanak elő, s ezeket részletezi. Schultze: Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung 12., 276. s k. ll. Bülowot követi a tekintetben, hogy a perbebocsátkozás az alperes joga, Mengert pedig, hogy a per nem egységes jogviszony. Laband: i. m. II. k. 332. s k. ll. szerint a kereset az alattvalói viszonyból folyó jogosítvány a perindításra az állam ellen, az alperest perbebocsátkozási kötelesség nem terheli. Klein: Die schuldhafte Parteihandlung 34. s k. ll. szerint a félnek a bíróság ellen minden nem tilos kérelem előterjesztése által támad joga. A kérelemelőterjesztés nem joggyakorlás, a jogosítvány épen a kérelem előterjesztése által keletkezik. Az alperest nem terheli kötelesség perbebocsátkozás, a feleket általában nyilatkozás iránt. Az állam a felekhez csak tilalmat intéz, hogy jogaikat a perben ne szabályellenesen gyakorolják. (59. s k. ll.) De hát e tilalom nem állapit meg kötelességet? Hellmann szerint a Ihering-féle Jahrb. für Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts XXXI. k. 103. l. a kereset nem jog sem az állam sem az alperes ellen, hanem csak *hatalom* jogi hatás létesitésére, még pedig egy a magánjog által nyujtott hatalom. Seuffert szerint, Grünhut-féle Zeitschrift XII. 627. s k. ll. a kereset jog az állam ellen itéletre, de nem jog az alperessel szemben; az alperesnek nem kötelessége a per létesítése czéljából perbebocsátkozni. Schneider: Über rechtliche Ermittelung u. Feststellung des Sachverhaltes im Civilprocess 14. l. szerint a felek a perben nincsenek kötelezve, ők csak jogot gyakorolnak. Troll: Das Versäumnissurtheil nach der Reichscivilprocessordnung 125. l. szerint a kereset sem nem jog, sem nem kötelesség, hanem *előfeltétel*. Trutter: Das öst. Civilprocessrecht 6. l. a pert közjogi jogviszonynak tekinti, melyből a bíróságra és a felekre jogok és kötelességek származnak. L. még az itt nem említettekre nézve Birkmayer: Grundriss u. Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civil-

## 9. §. A perbeli cselekvények alakja.

Azon szoros kölcsönhatás, melyben a felek és a bíróság cselekvényei állanak, oka annak, hogy azok csak együttvéve alkotják a pert. Sem a felek, sem a bíróság cselekvényei önmagukban véve még nem képeznek pert.

A bíróság és a felek cselekvényeinek perré való összetétele különböző *alakban* történik. Ez alak pedig mindig a szerint más, a mint a bíró más-másképen észleli a felek cselekvényeitésvonbelőlük következtetést. E tekintetben csak a következő három lehetőség fordulhat elő: A felek perbeli cselekvényeiket kizárólag élő szóval végzik, a bíró a szóbeli előadást meghallgatja s abból, a mit a hallottak alapján emlékezetében tartott, következtet. Ez a *tiszta szóbeliség*. A felek perbeli cselekvényeiket kizárólag írásban terjesztik elő, a bíró az iratokat olvassa s az olvasottak alapján következtet. Ez a *tiszta írásbeliség*. A felek végül perbeli cselekvényeiket élő szóval és írásban végzik, a bíró mind a kettőt észleli, tehát meghallgatja az élő szót és elolvassa az iratokat és vagy csak abból következtet, a mit élő szóval előadva hallott vagy pedig csak abból, a mit az iratokból olvasott vagy pedig mind a kettőből együttvéve. Ugyanezen szempont alá esik az is, hogy a bíró a felek szóbeli vagy szóbeli és írásbeli cselekvényeit észlelvén, azokat irattal tanusítja, azaz jegyzőkönyvet vesz fel és vagy csak ebből vagy pedig azonfelül abból is, a mit emlékezetében megtartott, következtet. Ez a *szóbeliség és írásbeliség vegyítése*. A pernek alakja tehát már akkor vegyes, ha a bíró a feleknek úgy szóbeli mint írásbeli cselekvényeit észleli; hogy ezek melyikét vagy mind a kettőt fogadja-e el következtetése alapjául, az ugyan nagyon fontos, de önmagában nem

process. 1886. 1—40. l. Mint látható a német irók majdnem mind a feleknek az állam ellen irányuló perbeli jogairól beszélnek. Hogy ilyenekkel a felek nem birnak, hogy különösen az állam ellen keresetjoguk nincs, csak Schuppe: Der Begriff des subjectiven Rechts. 84. s k. ll. hangsulyozza nyomatékosan és fejti ki helyes indokolással. Fejtegetése azonban nem kimerítő és sok más pontban egészen téves. — Más nemzetek írói a per jogi természetének kérdésével behatóan nem foglalkoznak. Nálunk, Plósz alapvető fejtegetésein kívül sincs eddig egy munka sem, melyben ezen, a perjog megértésére oly nagyon fontos kérdést behatóan feldolgozva találnók.

adja meg a pernek alakját. A per ugyanis nem tisztán szóbeli, ha a bíró iratokat is olvas, habár következtetésének alapjául csak azt fogadja el, a mit élő szóval előadva hallott és viszont nem tisztán írásbeli, ha a bíró a felek élő szóbeli előadását meghallgatja, habár csak abból következtet, a mi az iratokban foglaltatik. Mert mind a két esetben a perben szóbeli és írásbeli cselekvények egyaránt előfordulnak; a pernek alakjára nézve pedig csak az a döntő, hogy a cselekvények szóval, írásban vagy mindkét alakban vitetnek-e véghez. E szerint a pernek vegyes alakja nemcsak attól függ, hogy a bíró miből következtet, hanem attól is, hogy a bíró mit észlel. A per nem tisztán szóbeli, ha a bíró a felek szóbeli előadását meghallgatván, azt jegyzőkönyvbe foglalja és ebből következtet; de akkor sem, ha a bíró a feleknek úgy szóbeli mint írásbeli cselekvényeit észleli és kizárólag csak a szóbeli előadás útján hallottakból következtet. S így a vegyes forma megvan, ha *az észlelés irányul a szóra és irásra* s a következtetés azok egyikén vagy mind a kettőn együttesen alapszik, vagy ha az észlelés ugyan csak a szóra irányul, de a bíró az erről készitett iratok alapján is vagy épen kizárólag azokból következtet.[1]

Azzal, hogy a pert szóbeli, írásbeli vagy vegyes alakúnak mondjuk, csak azt határozzuk meg, hogy a birói *segédcselekvé-*

[1] A per vegyes alakjának itt adott meghatározása annyiban tér el az általában elfogadott meghatározástól, hogy e szerint azt tekintik mérvadónak, hogy a biró miből következtet. E szerint a per tisztán szóbeli, ha a biró csak a szóbeli előadásból következtet, még ha e mellett iratok is fordulnak elő; tisztán irásbeli, ha a biró csak az iratokból következtet, még ha azok mellett szóbeli előadások is fordulnak elő. Vegyes, ha szóbeli és irásbeli előadás egyaránt szolgál a következtetés alapjául. Azonban kielégítően megvilágítva ezeket a fogalmakat, eddig még sehol sem találjuk, noha a perjoggal foglalkozóknak egyik legkedvenczebb kérdését képezik. A mi iróink is nagy előszeretettel foglalkoznak velük. L. különösen Tóth Lőrincz: A szóbeliség, közvetlenség s nyilvánosság rendszere a polgári törvénykezésben, magyar szempontból. M. t. A. Értekezések a társadalmi tud. köréből IV. 1876.; Herczegh: A nyilvánosság és szóbeliség Magyarországban Jogtud. Közlöny 1876. é. f. Nagy Dezső felolvasása által: A polgári peres eljárás reformja, a Magyar Jogászegyletben kezdeményezett viták, különösen Emmer és Plósz felszólalásai. Magyar Jogászegyleti Értekezések XIII—XVIII.; Nagy Ferencz: A polgári törvénykezés reformja. M. Igazságügy XXV. és XXVI. k. 1886. különösen XXV. k. 328—354. l. Szabó Miklós: A szóbeliség hazai viszonyaink szempontjából. Magy. Igazságügy I. k. Ökröss: A törvénykezés

*nyeknek*, az észlelés és következtetésnek és a felek perbeli cselekvényeinek mi az alakja. E meghatározás azonban nem érinti a bíróság főcselekvényének a *határozatnak* és a *bizonyítási eszközök* megfigyelésének és az abból való következtetésnek alakját. A mai jogok szerint a birói határozat mindig irásba foglaltatik, még ha szóval ki is hirdetendő; sőt a kihirdetés is az irásba foglalt határozatnak felolvasásából áll. (S. E. 119. és 120. §§.; Terv. 411. és 412. §§.) A bizonyítási eszközök megfigyelésének alakja pedig különböző, a bizonyítási eszköz természetéhez képest.

Tiszta szóbeliség az általunk adott meghatározás szerint az ujabb jogokban nem fordul elő. Mert az, hogy a felek perbeli cselekvényei csak szóbeli előadásokból állanának, hogy a biró csak ezeket hallgatná meg és hogy csak abból következtetne, a mit emlékezetében megtartott, minthogy ez az alapos elbírálást nagyon megnehezítené: sehol sincs elfogadva. Ez a pernek ős-kori, kezdetleges alakja. Ellenben fordítva áll a dolog a tiszta irásbeliséggel. Ez mindenütt a tiszta szóbeliség helyébe lépett s uralmát a legujabbi időkig fentartotta, sőt nálunk a *rendes perben* egész mereven keresztülvive, még most is fennáll. Nem szabad azonban azt hinnünk, mintha ez a változás azonnal beállott volna. Az irás csak lassan és nem is mindenütt tudott kizárólagos szerephez jutni. A legtöbb perjogban, csak az a tétel jutott általános érvényre, hogy a bíróság csak azt vegye figyelembe, a mi az iratokba foglalva lett, a nélkül, hogy a szóbeli előadások egészen kizárattak volna. Így volt ez az egyházjogban, a német közönséges perjogban és a mi régibb jogunkban is. Csak később fejlődött ki a német jogban a kizárólagos, azaz a tiszta irásbeliség elve. Ezekből lett átvéve a régi osztrák perrendbe s innen került be a mi rendes perünkbe. Irásbeli feljegyzések a perben már a későbbi római jogban is előfordulnak,[1] de fontos szerephez csak a középkorban jutnak az akkori perek sajátszerű szerkezeténél fogva (l. 11. §-t.),

reformja 29. s k. ll. Az első Magy. Jogász-gyülés elvi kijelentése. Évkönyv. 317. s k. ll. Az egyes államok perjogi rendszereit. főbb vonásaikban ismerteti HARRASOVSKY: Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprocessgesetzgebung 1875. E munka azonban most, sok pontban már meghaladott.

[1] BETHMANN-HOLLWEG: Der römische Civilprocess. II. 194. l.; III. 198. l. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy az irás a római perben olyan túlnyomó szerepre, mint a közép- és ujkorban, soha sem jutott.

mely azt idézte elő, hogy a perek elbírálása igen hosszú időre nyult ki, s így oka volt annak, hogy a peranyag, melynek irásba foglalása nem volt kötelezően előirva, a biró emlékezetében elhomályosulván, az itéletnek nem volt semmi biztos alapja. A számos panasz orvoslására, mely e miatt felmerült, az egyház vállalkozott, elrendelvén azt, hogy minden a per folyamán előforduló perbeli cselekvényről hiteles feljegyzés készíttessék és hogy a biró a határozathozatalnál csak azt vehesse figyelembe, a mi ezen feljegyzésekben foglaltatik; ha e szabály mellőztetik, az eljárás megtámadható. Azonban ezen, a jegyzetben szószerint idézett rendelkezés a pert még nem tette tisztán irásbelivé, mert szóbeli előadások még később is előfordulnak, habár hovatovább gyérülnek. A per sokkal később, fokozatosan, majdnem észrevétlenül válik tisztán irásbelivé.[1]

[1] A feljegyzések alkalmazását rendeli III. Innocencz alatt az 1215. évi negyedik laterani zsinat határozata. Szövege: Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, ne falsitas veritati præiudicet, aut iniquitas prævaleat æquitati, statuimus: ut tam in ordinario, quam extraordinario iudicio iudex semper adhibeat aut publicam, si potest habere personam, aut duos viros idoneos, *qui fideliter universa iudicii acta conscribant*, videlicet citationes et dilationes, recusaciones et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentorum productiones, interlocutiones et appellationes, renuntiationes, conclusiones et cetera, quæ occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designendo, tempora et personas. . . Iudex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter eius negligentiam quid difficultatis emerserit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius præsumetur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis, c. 11. X. 2., 19. Az egyház ezt a rendelkezését mindenütt átvették és névszerint Németországban oda fejlesztették, hogy a felek a tárgyalásra már kész iratokat hozzanak magukkal és szóbeli előadásuk a tárgyaláson csak *arra a kijelentésre szorítkozzék, hogy* A) *vagy* B) *ügyében az iratot ezennel átadják.* Nem volt azonban eltiltva, hogy a fél csupán szóval végezze perbeli cselekvényét, mely esetben azt a bíróság jegyzőjének kellett irásba foglalni. L. az 1555. évi Kammer-Gerichts-Ordnungot, közölve Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe. 129. l. E két mód között a feleknek a német közönséges jog szerint, legalább az első fokon, mindvégig meg volt engedve a választás. Általánosabbá azonban idővel mindinkább az előbbi lett. V. ö. még Wetzel: i. m. 894. s k. ll.; Planck: i. m. I. 178. l. — Az 1781. évi

A szerint, a mint a felek írásbeli beadványainak alakszerüségei, azok benyujtásának módja különböző, a tiszta irásbeli perek is különbözők, a nélkül azonban, hogy ezek az eltérések a lényeget érintenék. A mi rendes perünkben az első foku biróság előtti eljárásban a periratok, a keresetet kivéve, egy erre a czélra rendelt közegnél, a pertárnoknál adatnak be, a ki azokat a periratváltás befejezéseig nyilvántartani és megőrizni tartozik. Ugyancsak ő előtte iktatják a felek jegyzőkönyvbe perbeszédeiket a rendes per kivételes alakjánál, a jegyzőkönyvi tárgyalásnál. Ez, a rendes per szabálykénti alakja, az iratváltásos per helyett, bizonyos a törvény által előirt esetekben vagy pedig a felek megegyzése alapján fordul elő.[1] A rendes per mind a két alakjában megengedett periratok illetve perbeszédek: a kereset, válasz, végirat a felperes részéről, ellenirat, viszonválasz, ellenvégirat az alperes részéről. A pertárnok a periratokat egy időrendi jegyzékbe, a percsomóba foglalva, a biróság tanácsának észlelés és következtetés czéljából bemutatja. (T. 128—149. §§; N. 19. §.) A tanács azonban a periratokat nem maga észleli, hanem előadót rendel és csak ennek előadását hallgatja meg s abból következtet, ámbár nincs kizárva, hogy a tanács tagjai a periratokat is megtekintsék vagy azokat felolvastassák. (Ü. Sz. 175. és 176. §§.) A kereset és rendes perben előforduló egyéb bead-

osztrák perrend már tisztán irásbeli, mert nem engedi, hogy a felek valamit szóval adjanak elő s ez a biróság által irásba foglaltassék, hanem a feleknek csak kész periratokat lehet beadniok 34—57. §. Ugyanez történik, mint utóbb kifejtjük, a mi rendes perünkben is. A mi pedig régibb jogunkat illeti, e szerint a korábbi időkben a felek előadásai élőszóval történtek és hites jegyzők által foglaltattak irásba. Később azonban a felek, a jegyzőkönyv alakját megtartva, előadásaikat maguk foglalták irásba. Frank: II. i. m. 138. l. Nyilvánvaló ebből, hogy nálunk is ugyanaz a fejlődési menet, mint Németországban. A tanuvallomások fölötti észrevételezés azonban mindvégig élőszóval a biróság tanácsülésében történt. V. ö. Frank: i. m. II. 184. l. Ebből következik, hogy régibb perünk, habár annak szoktuk mondani, teljesen soha sem volt tisztán irásbeli. Ez fogalmánál fogva azt hozza magával, hogy a félnek minden előadása irásbeli legyen, nálunk pedig az észrevételezés régibb jogunk utolsó szakában is szóbeli volt.

[1] A jegyzőkönyvi tárgyalás a házassági perekben is előfordul, ha azt a felek a házassági pereknek alább említendő alakja helyett választják. Eltérés csak annyiban van, hogy a jegyzőkönyv nem a pertárnok, hanem az előadó biró előtt vétetik fel. Sztéhló: Eljárás a házassági perekben. 49. l.

ványok a bíróság iktatójában adatnak be s osztatnak ki előadók közt elintézés végett. (Ü. Sz. 106. és 153. §§.) Tisztán irásbeli még jelenlegi jogunk szerint sommás perekben a felülvizsgálati eljárás, midőn a fél csak a perköltség kérdésében él felülvizsgálati kérelemmel (S. E. 206. §.), vagy pedig a felülvizsgálati kérelem a járásbíróság itélete ellen irányul (S. E. 211. §.).[1]

A tiszta irásbeliség mindinkább kiszorul a gyakorlati alkalmazásból[2] s helyét mindenütt a per vegyes alakja, a szóbeliség és irásbeliség együttes alkalmazása foglalja el.

## 10. §. Különösen a per vegyes alakja.

I. Irásbeli és szóbeli cselekvények a felek részéről, azok észlelése és az azokból való következtetés a bíróság részéről, a legkülönbözőbb változatban fordulnak elő az egyes perjogokban, a nélkül, hogy megegyezés volna arra nézve, hogy a vegyítésnek melyik alakja a legczélszerübb. Legnagyobb az eltérés az iránt, hogy mi képezze a birói következtetés alapját. Ebből a szempontból az egyes perjogok a következő három rendszerbe foglalhatók:

*a)* A biró észleli a felek szóbeli és irásbeli cselekvényeit, de csak abból következtet, a mit az iratok tartalmaznak; vagy a mi ugyanezen szempont alá esik, a bíróság ugyan a felek szóbeli cselekvényeit észleli, meghallgatván szóbeli előadásaikat, de csak

[1] A Terv. szerint az eljárás ezen esetekben sem *tisztán* irásbeli.

[2] Jelenleg kivételesen alkalmazást nyer a franczia perjogban, midőn a bíróság bonyolult ügyekben szóbeli tárgyalás (plaidoirie) helyett, periratok váltását (instruction par écrit) rendeli el. Ilyenkor a felek periratait a bíróság jegyzőjénél (greffier) nyujtják be, ki az iratváltás befejeztével azokat a bíróság által kirendelt előadónak (rapporteur) bemutatja, a bíróság pedig ennek előadását nyilvános ülésen meghallgatván, annak alapján itél. A feleknek ezen ülésen élő szóval előadni semmit sem szabad. Code de proced. civ. 95—112. §. Garsonnet: i. m. II. 750. s k. ll. Tisztán irásbeli a felülvizsgálati eljárás az új osztrák perrendben. 509. §. A genfi perrend szerint a bíróság a nehezebb ügyet a felek élő szóbeli előadásának meghallgatása nélkül, egyedül az iratok alapján intézheti el, valamint akkor is, midőn ezt a felek kérik 85. cz. V. ö. még Bellot: Exposé des motives de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genéve 41. l. Ebből kitünik, hogy a genfi perrendben a tiszta irásbeliség, a per vegyes alakja mellett facultativ.

azon feljegyzésekből következtet, melyeket a bíróság a törvény rendeletére, azokról készített.

*b)* A biró észleli a felek szóbeli és irásbeli cselekvényeit, de csak abból következtet, mit a felek szóval előadtak.

*c)* És végül a biró észleli a feleknek úgy a szóbeli mint irásbeli cselekvényeit és részben az egyikből, részben pedig a másikból következtet.

Mint már kifejtettük, az uralkodó felfogás szerint az első rendszert a tiszta irásbeliség, a másodikat a tiszta szóbeliség egyik alakjának szokás tekinteni, miután amott a biró előtt elhangzott szó a következtetésnél nem jön számba, hanem csak az, hogy az iratok mit tartalmaznak, emitt pedig a biró csak abból következtet, mit a biró az élőszóbeli előadásból emlékezetében tartott, az iratok tartalma nem jövén figyelembe. Mind a kettő azonban a mi nézetünk szerint épúgy vegyes, mint a harmadik. Mert ha egyszer a törvény elrendeli, hogy a perbeli cselekvények élőszóval és irásban történjenek: mindkét rendbeliek befolyással birnak a per formájára, a pernek nemcsak az egyik vagy másik, hanem mind a két faju cselekvények által kell lefolynia, s a bíróság szabálytalanságot követne el, ha csak az egyik vagy másik rendbeli cselekvényeket engedné meg, nem pedig mind a kettőt. Ámde, ha a per úgy szóbeli, mint irásbeli cselekvényekből van megszerkesztve, akkor nem mondhatjuk azt, hogy a per alakját tekintve, tisztán irásbeli vagy tisztán szóbeli, a szerint, a mint a bíróság következtetése alapjául kizárólag az írást vagy az élő szót fogadja el; ezt csak akkor mondhatnók, ha a törvény nem irná elő, hogy akkor, midőn a bíróság az iratokból következtet, a felek szóbeli előadását is meghallgassa és midőn élő szóbeli előadásból következtet, iratokat, is olvasson, mert előbbi esetben az élő szó meghallgatása az utóbbiban pedig az irás olvasása, a per szerkezetére teljesen közömbös, sőt a körülményekhez képest, mint meg nem engedett magán tudomásszerzés a birói kötelességet sértő tilos cselekvény lehetne.

Kétségtelen azonban, hogy egyes esetekben a vegyes alkatú per ugyanazt az eredményt idézi elő, mint az irásbeli, midőn a bíróság a felek élő szóbeli előadását is meghallgatván, csak az iratokból következtet, a szóbeli előadás pedig nem elég kimerítő vagy meghallgatására nem helyeznek kellő súlyt, mert ekkor az élő szóbeli előadás csakugyan nem egyéb, mint egy a törvény által előírt fölösleg, miután a következtetésre semmi befolyása nincs.

És viszont bizonyos, hogy a vegyes alkatu per eredménye egészen azonos a tiszta szóbeli perével, midőn a bíró iratokat ugyan olvas, de nem ezekből, hanem csak abból következtet, a mit élő szóval előadva hallott, mert ekkor ismét az irás, egy törvény által előirt fölösleg, melynek a következtetésnél semmiféle jelentősége nincs. Általában ezekből a szempontokból szokás a per alakját is elbírálni, de ez múlhatlanul téves osztályozásra vezet. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy a vegyítésnek olyan alakja, melynél a bíróság iratokat olvasna, de azokat a következtetésnél egyáltalában nem venné figyelembe, gyakorlatilag nem fordul elő, még a német perrendben sem mint alább látni fogjuk. A vegyítés ezt a rendszerét csak elméleti szempontból, a különbségek kellő kidomborítása czéljából, vettük figyelembe.

A gyakorlati alkalmazás szempontjából tehát a vegyítésnek csak két rendszere jöhet szóba. Az egyik, hogy a biró a feleknek élő szóbeli előadását is meghallgatja, de csak abból következtet, mit a felek vagy ő maga irásba foglalt; a másik, hogy a biró meghallgatja a felek szóbeli előadását, elolvassa azok iratait vagy a saját feljegyzéseit és részben az élő szóval előadottakból, részben pedig az iratokból következtet. Az előbbivel kisérleteznek a modern perjogok közül különösen a régebbek, az utóbbival különösen az ujabbak. Mind a kettőnél ismét különböző fokozatok vannak. Ujabban különösen arra irányul a törekvés, hogy az első fokú biró előtt minél nagyobb szerep jusson a szónak, a felebbviteli bíróság előtt pedig az irásnak. Mielőtt ezen két rendszernek részletezésére áttérnénk, utalnunk kell még arra, hogy a szóbeli előadás *módja* nem olyan szempont, a mely itt az osztályozás alapjául szolgálhatna. Nevezetesen a felek szóbeli előadása lehet *szabad szóbeli* előadás, midőn a fél kizárólag vagy legnagyobbrészt az emlékezetére támaszkodva, ad elő; és állhat a szóbeli előadás *iratok felolvasásából*. Akár az egyik, akár pedig a másik követtessék, ez a vegyes rendszerek fentebb felállított osztályozásán nem változtat. Annyi azonban kétségtelen, hogy a szabad szóbeli előadásnak élénkebb hatása szokott lenni, mint az iratok felolvasásának: ennélfogva ott, hol a szóbeliség érvényesülésére kiváló sulyt helyeznek, elrendelik, hogy a szóbeli előadás egészen vagy legalább egy nagy részben szabad előadás legyen. (V. ö. S. E. 25. §[2].; Terv. 229. §.).[1]

[1] Ugyanígy német perr. 128. §.

## 11. §. A vegyítés első rendszere.

A vegyítés első rendszerét több, majd tökéletlen, majd tökéletesebb alakban találjuk megvalósítva. Egyébként a következők:

*a)* Legtökéletlenebb megvalósítása az, hogy nem maga az itélő bíróság, hanem annak csak egy *kiküldöttje* hallgatja meg a felek szóbeli előadását, s az erről készitett jegyzőkönyvet bemutatja az itélő bíróságnak, mely a jegyzőkönyv alapján kövekeztet. Ilyenné fejlődött ki a gyakorlatban, mert a törvény kiküldött alkalmazásáról nem szól, az 1840: XV. t. cz. II. r. 7. f. által szabályozott *rendes szóbeli* eljárás, a melyet az Id. T. Sz. a törvényszékek előtt szabálykénti performává tettek (45. §.), s a mely a házassági perekben még most is követtetik.[1] Ez, az eljárás eredményét tekintve, nem különbözik a tiszta irásbeliségtől, sőt alakját tekintve is hozzá igen közel áll, mert ott az itélő tanács szintén csak az iratokat olvassa és csak azokból következtet. De, miután a feleknek szóbeli előadása mégis a törvény által van a per keretébe beillesztve, habár csak a kiküldött előtt, az eljárás ezt az alakját nem mondhatjuk tiszta irásbeliségnek, annál kevésbé, mert a felek iratokat be sem nyujtanak, hanem élő szóbeli előadásaikat foglalja jegyzőkönyvbe a kiküldött.

*b)* Tökéletesebb alakja a vegyítés első rendszerének az, hogy a felek szóbeli előadásaikat közvetlenül az itélő biró, illetve a bíróság itélő tanácsa előtt terjesztik elő. Ez foglalja azokat jegyzőkönyvbe, a mely következtetésének alapját is képezi. Tökéletesebb a vegyítés ez az alakja azért, mert közvetlenül azok a bírák hallgatják meg a felek szóbeli előadását, a kik a felveendő jegyzőkönyv alapján következtetni is vannak hivatva. A per ezen alakját feltaláljuk a T. sommás eljárásában (117. §.), a mely szerint a biró a felek előadásai alapján a tényállást a felek jelenlétében röviden jegyzőkönyvbe foglalta, s természetesen, bár a törvény nem mondja, ez képezte következtetésének kizárólagos forrását.[2]

*c)* A vegyítés első rendszerének egy további alakja az, hogy a felek előzetesen, perbeli cselekvényeiket irásban végzik, azután

[1] Sztehló: i. m. 44. s k. ll.

[2] Ilyen az egyes biró előtti eljárás a *zürichi perrend* szer nt is a békebiró előtti eljárás 50 frcon aluli ügyekben 458. §.

pedig ugyanazt, mit irásban előadtak, az itélő tanács előtt közvetlenül élő szóval is előadják, s a bíróság ezután az iratok tartalma alapján következtet. Itt tehát a bíróság kettőt észlel: az iratokat és a felek szóbeli előadását, a következtetés alapjául azonban csak az iratokat fogadja el. Világos tehát, hogy itt a szóbeli előadás meghallgatása csak annak alaposabb megértésére szolgál, mit a felek már előzetesen irásba foglaltak; a mennyiben azonban a a kettő eltér, következtetésnél csak az irás jön figyelembe, nem pedig az élő szóval elmondottak. Az eljárás ez az alakja a mi jogunkban is előfordul, nem ugyan az első fokú, hanem a felebbviteli bíróságok előtti eljárásban. Sommás perekben a felebbezésnek nyilvános előadása esetében (S. E. 172., 173. §§.), az előadó a tanácsban a periratok alapján az ügyet megismerteti, ezután a felek kérelmeiket szóval is indokolhatják (174. §.), de a bíróság csak az első birósági iratokból, ideértve az itéletet is, megállapitható tényállás alapján (175. §.) következtet. Ugyanez áll a felülvizsgálati eljárásra szabályként (195., 196. §§.). A kivételről alább lesz szó. Idegen perjogokban épen az első fokú bíróságok előtti eljárásban ez egy igen elterjedt eljárási alak.[1] Alapját kétségkívül az a helyes gon-

[1] Ezen rendszer legjellemzőbb képviselője a *porosz* perrend, mely a jelenlegi német perrend életbe léptéig volt érvényben. A szerint a felperes keresete folytán mindenekelőtt előzetes eljárásnak volt helye, mely, ha a feleket ügyvéd képviselte, abból állott, hogy az alperes egy *periratban* a felperes keresetére válaszolt. Ha a bíróság *szükségesnek találta*, a felperest egy újabb perirat beadására utasította; ennek folytán esetleg az alperesnek is egy további perirat beadását hagyta meg és így tovább. A periratok a bíróság által kitüzött *határnapokon* voltak benyujtandók és azokban a feleknek minden nyilatkozatot kellett előterjeszteniök, később azokat felhozni nem lévén megengedve, a bizonyító eszközökre azonban ez nem terjedt ki, ezeket a szóbeli tárgyaláson is lehetett megnevezni. A periratok benyujtása után a bíróság *szóbeli tárgyalásra* tüzött ki határnapot, melyről a feleknek lemondaniok nem lehetett, s mely a fentebbiek szerint csak a periratok tartalmának ismétlésére és különösen a *bizonyítás* felvételére szolgált. Jelentősége e szóbeli tárgyalásnak tulajdonképen csak ez utóbbi szempontból volt. Némiképen máskép alakult az eljárás, midőn a fél nem vallott ügyvédet, mert ekkor az előzetes eljárásban nyilatkozatát a bíróság előtt jegyzőkönyvbe mondotta be. HEFFTER: Civilprocess, oder das gerichtliche Verfahren bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Gebiete des Allg. Landrechts für die Preussischen Staaten 209. s k. ll. — A lényegre teljesen megegyezik ezzel az 1865. évi és még most is érvényben lévő *olasz perrendben*, mely sajátszerű vegyü-

dolat képezi hogy a bíróság azt, a mi a felek irataiban foglaltatik, sokkal alaposabban értheti meg, ha a felek az iratok tartalmát a bíróság előtt szóval is előadják. E rendszernek kétségkívül az a nagy előnye, hogy a bíróságnak biztos következtetési alapot nyujt, mert az elbirálandó anyag az iratokban meg van állapítva; nagy hátránya azonban az, hogy a szóbeli előadást kellő szerephez nem juttatja,

léke a franczia és német jogelveknek, szabályozott *alakszerű eljárása* (procedimento formale). A felperes keresete, melynek magában kell foglalnia a felperes jogosítványának, az azt megállapító tényeknek szabatos megjelölését, annak kijelentését, hogy a felperes a használni kivánt okiratokat az alperesnek felmutatni kész, és melynek tartalmaznia kell a zárindítványt (134), az alperesnek a bíróság közege által kézbesíttetik (132). Az alperes ennek folytán tartozik perbeli ügyvédjét a jegyzői irodában bejelenteni (159), a kinek kötelessége a felperes keresetére válaszíratot — *risposta* — a felperes ügyvédjének átnyujtani (164). Erre a felperes egy további periratban — *replica* — válaszolhat, melyre ismét az alperesnek van megengedve válaszolni — *controreplica* — és így tovább, mert a váltható periratok *száma* a törvény által nincs korlátolva (166). A periratváltás befejeztével, a fél, kinek a mielőbbi elintézés érdekében áll, az ügyet a bíróságnál a tárgyalandók jegyzékébe (ruolo di spedizione) való felvétel végett bejelenti (173). Ennek alapján a felek a bíróság előtt előadják zárindítványaikat — *conclusioni* — a nélkül, hogy új okiratokat vagy kifogásokat volna szabad felhozniok (176). Ezután pedig tartoznak a felek az iratokat a bíróság irodájában letenni (177), a minek alapján az ügy szóbeli tárgyalására a bíróság határnapot tűz ki (179), a melyen a felek felolvassák zárindítványaikat és azokat röviden megindokolják. Ha a felek előadása nem helyes, a bíróság előadót rendel, a ki az ügyet egy újabb határnapon előadja (349., 350). A feleknek a szóbeli tárgyaláson új tényeket és bizonyító eszközöket felhozniok nem szabad. A szóbeli tárgyalás ezen felül a bizonyítás felvételére is szolgál. — Ilyen természetű továbbá az 1875. évi *baseli* perrend eljárása is. Az alperes a felperes keresetére válasziratot ád; ennek alapján az elnök, ha szükségesnek találja, a feleket előkészítés czéljából maga elé idézi. Az ügy kellően elő lévén készítve, az elnök a szóbeli tárgyalásra és a bizonyítás felvételére határnapot tűz ki, melyen a felek perbeszédeket tartanak, de azokban az iratokban foglaltakhoz vannak kötve, új kifogások és új bizonyító eszközök felhozatala nem lévén megengedve 48—92. §. — Végül ezen rendszerhez tartozik az *angol perjog* azon eljárása is, a mely a *High Court* előtt foly le. Ezen eljárás pedig az 1883. évi a *Supreme Court of Judicature England*, mely egyrészt a High Courtból, másrészt pedig a Court of Appeal-ből áll, alkotott perrendben — *Rules of Supreme Court* — van szabályozva. Ennek értelmében a felperes a pert egy idéző levéllel — *writ of summons* — indítja, melyben az alperest a perbebocsátkozó nyilatkozat tételére felhivja. Ez a nyilatkozat abból áll, hogy az alperes

**mert sem a bíróságok, sem a felek, miután tudják, hogy itélni csak az iratok tartalma alapján lehet, a szóbeli előadásra sulyt nem helyeznek, úgy, hogy azt a perben csak puszta fölöslegnek tekintik. Ennek következtében sok ujabb törvényhozás legalább az első fokú bíróság előtti eljárásban mellőzi. A mi iróink közt azonban mégis vannak hiveí.**[1]

valamelyik birósági segédhivatalban bejelenti, hogy a pert személyesen, vagy sollicitor által folytatja-e. Ha a writ of summons nem volt *special indorsement*tel ellátva, azaz, ha a tényeket, melyre a felperes jogosítványát alapítja, nem jelölte meg, a felperesnek az alperes perbebocsátkozása után és az alperes kívánságára még *külön keresetet* is kell előadnia, a melyre az alperes egy periratban válaszol, a melyre ismét a felperes válaszolhat egy további periratban (reply); az alperes erre egy újabb periratban csak a bíróság engedélyével válaszolhat. A felek periratait — *pleadings* — névvel jelölik. A periratváltás után következik a szóbeli tárgyalás a bíróság előtt, a mely egyuttal a bizonyítás felvételére szolgál, van azonban előzetes bizonyításnak is helye. A felek a szóbeli tárgyaláson a periratok tartalmától *nem térhetnek* el. A perbeszédek száma is korlátolva van. A szóbeli tárgyalást *trial*-nak nevezik. Nagyon tájékoztató az angol eljárásra nézve Schuster: Die bürgerliche Rechtspflege in England. 1887.

[1] Nevezetesen ezen rendszer alá foglalható az 1885. évi Emmer-féle javaslat. E szerint a felek a törvényszék mint elsőfokú bíróság előtti eljárásban előzőleg periratokat váltanak. Felperes részéről kereset és válasz, az alperes részéről ellenirat és viszonválasz (1., 10. §§.); több periratnak helye nincs (23. §.). A periratok, a keresetet kivéve, közvetlenül az ügyvédek közt váltatnak (13. §.), az iratváltás befejeztével pedig, minek a kereset kézbesítésétől számított 60 napon belül kell megtörténnie (20. §.), a felperes, a periratoknak a törvényszék irodájában való letétele mellett, az ügyet a tárgyalandó ügyek jegyzékébe felvétetheti (16. §.). A tárgyalás elején a jegyző a periratok zárindítványát, esetleg számozott pontokra osztott több zárindítványát (1. §. *f)*, 11. §. *e)* felolvassa s ezután a felek perbeszédeiket terjesztik elő szabad élőszóval s nem olvasás által (79., 82. §§.). A felperes két perbeszédet: kereset-kifejtést és végszót, az alperes szintén kettőt mondhat: ellenbeszédet és ellenvégszót; de a bíróság ezeket korlátolhatja vagy több beszédet is engedhet (80. §.). A tárgyalásról külön jegyzőkönyv veendő fel, melynek tartalmaznia kell különösen a tárgyalás mozzanatait s azon előadásokat, melynek felvétele hivatalból vagy indítványra elrendeltetett (121. §. *e)*. *A perbeszédeknek a zárindítványok keretében kell mozogniok* (104. §.). A zárindítványok azonban kijavíthatók, az azokban foglaltak közelebbi meghatározása és szabatosabb szövegezése által (89. §.), ennek azonban mindig irásban kell történnie (84. §.). Ezen rendelkezésekből mi azt következtetjük, hogy a mennyiben a perbeszéd tartalma a perirat tartalmától eltér, a következ-

*d)* A vegyítés első rendszerének további alakját képezi az, hogy a felek először periratokat váltanak, az ezt követő szóbeli előadások azonban nem szorítkoznak pusztán a periratokban mondottak ismétlésére, hanem a felek szóbeli előadásaikban a periratok tartalmát módosíthatják vagy uj állításokkal is kiegészíthetik. De a módosító vagy kiegészíthető szóbeli előadás a következtetésnél csak akkor vétetik figyelembe, ha a fél azt utólag irásban is megállapítja vagy a bíróság jegyzőkönyvbe foglalja. Az eljárás ezen alakjánál tehát irásbeli cselekvények előfordulnak a szóbeli cselekvények előtt és ezeket követőleg is, de a következtetés alapjául csak az szolgál, mi ezen előző, illetve utólagos iratokban foglaltatik.' Az eljárás ezen alakjánál ismét különbség van a között, hogy az előző periratok tartalmát mennyiben lehet megváltoztatni a szóbeli tárgyaláson. Vajjon a perirat egész tartalma megváltoztatható-e: tehát a kérelem és indokolása vagy pedig csak az utóbbi? Ha a fél az előző perirat egész tartalmát megváltoztatja, akkor az a következtetésnél egyáltalában nem jöhet figyelembe, hanem csak a szóbeli előadásról utólag készített irat; ha pedig a fél az előző perirat kérelmének csak az indokolását változtatja meg, akkor csak ez nem jön figyelembe a következtetésnél, hanem az az indokolás, mely a szóbeli tárgyaláson előadatván, utólag irásba foglaltatott. Ez az utóbbi fordul elő kivételesen a sommás per felülvizsgálati eljárásában. Itt az iratokban előterjesztett felülvizsgálati és csatlakozási kérelmek sem meg nem változtathatók, sem fel nem emelhetők. (196. §.) A kérelmek indokolására felhozható uj tények, a mennyiben ez kivételesen lehetséges (197. §.), a felülvizsgálati kérelemben, illetve a válaszirat ban hozandók fel; azonban a szóbeli tárgyaláson is pótolhatók, ha a fél valószinüvé teszi, hogy azokat iratában hibáján kivül nem érvényesíthette. Az utólagos előadások a tárgyalási jegyzőkönyvhöz melléklés végett bemutatandók (198. §.).[1]

tetésnél az előbbi nem jön figyelembe, hanem csak az utóbbi. A bíróság tehát mindig iratok alapján következtet, habár a felek élő szóbeli előadását meg is hallgatja. Emmer javaslata mellett van Nagy F.: M. I. XXV. k. 349. l. is, de az eltérését az előkészítő iratoktól a szóbeli tárgyaláson megengedettnek tartja. U. o. 353. l.

[1] Az *osztrák perrend* szerint az első fokú bíróság előtti eljárásban a kereset irásban nyujtandó be (226. §.). A kereseti kérelem azonban a kereset kézbesítése után rendszerint meg nem változtatható (235. §.).

*e)* Ugyanazon perbeli cselekmények többször fordulnak elő ugyanazon alakban: irásban többször és szóval többször vagy csak szóval többször; a bíróság azonban, habár a többszörös szóbeli, illetve irásbeli cselekményeket egyaránt észleli, mégis csak az iratokban foglaltak alapján következtet. Ez az alak jogunkban jelenleg ismeretlen. A Terv. azonban számadási, vagyonelkülönítési és hasonló viszonyokat tárgyazó perekre (261. §.) nézve, melyekben a bonyolult tények felderítése sok nehézséggel jár, elfogadja. E szerint a bíróság az előkészítő iratok váltása után kiküldöttet rendel, a ki a felek szóbeli előadásait meghallgatja, s erről jegyzőkönyvet vesz fel. A bíróság tanácsa előtti szóbeli tárgyaláson a felek csak annak ismétlésére szorítkozhatnak, mi a jegyzőkönyvbe felvétetett, pótlás csak akkor van megengedve, ha a fél valószínüvé teszi, hogy a kiküldött biró előtt hibáján kivül nem jelenhetett

A szóbeli tárgyaláson azonban a kereseti kérelemnek az előkészítő iratban foglalt indokolása megváltoztatható vagy kiegészíthető. (V. ö. 258. §-t); az eltérés mindig irattal utólag megállapítandó, illetve jegyzőkönyvbe foglalandó (209—211. és 258. §§.). S így az osztrák perrend elsőbiróság előtti tárgyalását egész helyesen lehet foglalni ezen pont alá. Mert itt is vannak előzetes irásbeli cselekvények, melyek a kereseti kérelmet kivéve a szóbeli tárgyaláson megváltoztathatók, a váltóztatások azonban mindig irásba foglalandók, s a bíróság ezek alapján következtet. — Mi a *franczia perjog* rendszerét is ezen pont *(d)* alá foglaljuk. Itt ugyanis a szóbeli tárgyaláson (audience), nemcsak az előző periratokban előterjesztett kérelmek indokolása, hanem maguk a kérelmek (conclusions motivées) is megváltoztathatók, csakhogy azokat utólag kell irásba foglalni. A bíróság pedig mindig iratok alapján itél, a mi a deliberé sur rapport esetében, midőn a bíróság következtetés előtt előadót rendel, ki az iratok alapján jelentést tesz, különösen nyilvánvaló. (V. ö. Garsonnet: Traité I. 677., II. 85. és 289. s k. ll.). Hogy a kereseti kérelem is a szóbeli tárgyaláson megváltoztatható, az a franczia perjog szelleméből foly, mely szerint a biró csak azt veszi figyelembe, mi a szóbeli tárgyaláson előadott. V. ö. különösen Nagy F.: M. J. XXV. 338. s k. ll. Midőn itt a franczia perjog rendszerét az osztrák után említjük fel, nem mondjuk, hogy a kettő azonos. Az osztrák nem engedi a kereseti kérelem megváltoztatását, de franczia igen. Van köztük más különbség is, mint ezt alább látni fogjuk. — Ide tartozik az 1850. évi *hannoverai* perrend is, melynek értelmében a bíróság tagjai, az elnököt kivéve, nem is értesültek a szóbeli tárgyalás előtt az előkészítő iratok tartalmáról, főkép abból a czélból, hogy a szóbeliséget minél tisztábban vigyék keresztül; de az, a mit a felek szóval előadtak, a mennyiben ez az előkészítő iratok tartalmától eltért, irattal volt megállapítandó. (101., 102. §§.). V. ö. még Leonhardt: Die bürgerliche Processordnung.

meg, vagy előadását hibáján kívül nem érvényesíthette. (263—267. §.).[1]

*f)* A vegyítés ezen első rendszerénél, ha a törvény előirja, hogy a felek perbeli cselekvényeiket úgy szóban, mint irásban végezzék: azoknak együttes teljesítése rendszerint *kötelező*. Előfordul azonban az is, hogy egyes törvények megengedik, mikép a felek perbeli cselekvényeiket *csak irásban* végezzék, szóbeli előadásokat is csak akkor terjesztenek elő, ha ezt tenni akarják. Itt tehát az irásban előadottaknak szóval való előadása is a feleknek belátására van bizva. Ez az u. n. *facultativ szóbeliség*. Ha a felek a szóbeli előadástól eltekintenek, a per, mint tiszta irásbeli per, foly le. Az eljárás ezen alakja a mi jogunkban is előfordul a felülvizsgálati eljárásban, mert itt is a felek belátására van bizva vajjon akarják-e kérelmeiket az előadó előterjesztése után szóval indokolni. (S. E. 195. §.)[2]

[1] A lényegre nézve megegyezik ezzel az Emmer-féle javaslat (105—108. §.). A Tervezettel megegyez a német perrend. 313—318. §. Ugyanolyan az eljárás az osztrák perrend szerint is (245—258. §.); azonban itt sokkal tágabb körben nyer alkalmazást, mint szükséges. V. ö. Wach: Die Mündlichkeit im österreichischen Civilprocess-Entwurf. 25. l. Fodor: Magyar Jogászegyleti Értekezések XII. k. 7. f. A külföldi perjogokban ez egy igen sűrűn előforduló eljárási alak, különösen azon esetekben, midőn az ügyet, bonyolult természeténél fogva, nem mutatkozik czélszerünek azonnal a biróság tanácsa elé vinni és midőn pusztán a felek közt végbemenő előkészítés szintén nem igérkezik eredményesnek. Ezt az eljárási formát követi a *svájczi szövetségi biróság — tribunal fédéral* — az 1855. évi perrend alapján minden ügyben. A felperesnek keresete folytán a biróság tagjai közül kiküldöttet (juge d'instruction) rendel, a kinek feladata a tárgyalást előkészíteni. Ő e czélból a feleket egy bizonyos napra maga elé idézi, a melyen a feleknek az eshetőségi elv alkalmazásával minden nyilatkozatot és minden bizonyító eszközt fel kell hozniok. Ezután felveszi a kiküldött biró a bizonyítást, egész eljárásáról jegyzőkönyvet készít, a melynek tartalma a főtárgyalásnak (procedure principal) képezi alapját; e tárgyaláson a felek élőszóval előterjesztik a kiküldött előtt tett nyilatkozataikat és a bizonyítás eredményét (97—168. cz.). A *baseli* perrend szerint is helye van számadási és más hasonló perekben előzetes tárgyalásnak a kiküldött előtt, melyet a biróság előtti szóbeli tárgyalás követ. 72. §. L. még *Zürichi perrend* 487—496. §.

[2] A franczia perrend szóbelisége tényleg, habár nem is a törvény czélzata szerint, facultativ szóbeliség. Mert az, mit a felek a zárindítványokban (conclusions motivées), melyeket a gyakorlat szerint nem is kell élőszóval előadni, hanem elegendő azokat a biróság nyilvános ülésé-

## 12. §. A vegyítés második rendszere.

A vegyítés második rendszerében a bíróság a feleknek úgy szóbeli mint irásbeli előadásait észleli és részben az élőszóbeli, részben az irásbeli előadásokból következtet. E rendszer két alakban volna keresztülvihető. Az egyik szerint a törvény elrendelné, hogy a felek bizonyos cselekvényei irásban és szóval végzendők, mások ismét csak szóval. Amazokat tehát a bíróság két forrásból ismerné meg, s az irást fogadná el következtetése alapjául, emezeket ellenben csak a szóbeli előadásból, és csak ebből következtetne is. Tényleg azonban ez sehol sem fordul elő; itt csak a teljesség kedveért említettük fel. Mi nem ismerünk oly perrendet, melyben kötelezően volna előirva, hogy a birónak a felek bizonyos cselekvényeit szóbeli és irásbeli előadásból kell észlelnie, s következtetnie csak az irásból, ellenben a felek más cselekvényei csak a szóbeli előadásból észlelendők, iratokból nem, s csak az élőszó képezze a következtetés alapját. E rendszer másik alakja, hogy a feleknek *bizonyos cselekvényeiket szóval és irásban kell végezniök, s a bíróság az irásból következtet; ellenben a felek más cselekvényei csupán élőszóbeli előadásokból állnak, midőn a biró természetesen csak ezekből következtet. De ezen utóbbi cselekvények az élőszóbeli előadás mellett irásbafoglalásból is állhatnak, midőn a biró következtetése alapjául ez utóbbit fogadja el.* E vegyítés jellemzője az, hogy bizonyos cselekvényeket a felek kötelezően végeznek szóval és irásban, másokat ellenben kötelezően szóval és csak facultative irásban.

E rendszernek még egy harmadik alakja is képzelhető, a mely épen forditottja az előbbinek, hogy bizonyos cselekvények kötelezően végzendők szóval és irásban, mások kötelezően csak irásban, ellenben szóval csak facultative. A gyakorlatban azonban ez ép úgy nem fordul elő, mint az első.

A gyakorlatban e rendszernek csak a második alakja fordul elő, melynél ismét különböző fokozatokat lehetne megkülönböztetni a szerint, hogy mely cselekvények azok, a melyeket szóval és

ben átadni, előterjesztenek, úgy vétetik, mintha azt élőszóval adták volna elő, habár az élő szóbeli előadástól a felek elállottak. GARSONNET: Traité II. 290. l. — A *genfi perrendben* a felek szóbeli előadása a törvény (1891 junius 15.) értelmében is facultativ 85. §. Ugyanez áll a felebbezési eljárásra az uj osztrák perrend szerint 492. §.

irásban kell végezni, melyeket csupán szóval, s a melyeknél az irásbeli előadás csak facultativ. A további részletezéstől azonban eltekintünk, miután eddigi osztályozásunk is nagyon igénybe veszi az olvasó figyelmét, hanem áttérünk azon jogok ismertetésére, a melyekben ez az alak érvényesül, s melyeken a különböző fokozatok is könnyen felismerhetők. El van fogadva a mi *sommás eljárásunkban, s a Terv. szerint az első fokú és a felebbezési bíróság előtti eljárásban, a német perrend szerint minden fokon.* Kétségtelen tehát, hogy ezen alak tüzetes megismerése reánk nézve legnagyobb gyakorlati jelentőséggel bir.

A kereset a sommás perben minden körülmények közt szóval adandó elő, (S. E. 26. §.) de megelőzheti ezt annak irásbeli előadása is (S. E. 14. §.). Az alperes tagadása, beismerése, a kifogások és ellenkifogások, bizonyítás-felvétel iránti kérelmek (bizonyító eszközök megnevezése), a közvetett bizonyító tények megjelölése, valamely kérelemnek vagy más nyilatkozatnak visszavonása).[1] szintén élőszóval adandók elő, de e mellett ezeket, beleértve a keresetet is, a biró *jegyzőkönyvbe* is tartozik foglalni. (S. E. 48. §.),[2] Ez, habár kötelezően van előirva, mégis tökéletlen rendelkezés, mert az eltéréshez semmi hátrány sem fűződik; sőt a törvény kifejezetten megengedi, hogy a biró az itélethozatalnál a felek oly szóbeli előadásait is figyelembe veheti, melyek *a jegyzőkönyvbe nincsenek felvéve.* (S. E. 121. §. 6. p.) Világos tehát, hogy a félnek nem minden szóbeli perbeli cselekménye végzendő egyuttal irásban is, vagyis bizonyos cselekvények irásba-foglalása csak facultativ, de hogy melyek azok, az a biró belátásától függ. Meg kell jegyeznünk, hogy a fél szóbeli előadásának jegyzőkönyvbe foglalása a biró vagy segédje által, annak a fél által való irásba foglalását pótolja. Nem esik azonban ezzel egy fogalom alá a *tényállásnak* felvétele az itéletbe, (S. E. 121. §. 6.) mert ez nem arra a czélra szolgál, hogy a következtetés alapjául szolgáljon, hanem arra, hogy a biró számot adjon arról, mely szó és irásbeli előadásokból következtetett. A fentebbiek vonatkoznak a járásbiróság eljárására a Terv. szerint is. (495. §.)

[1] E kifejezéseket itt műértelemben használtuk, mire nézve utalnunk kell munkánk alábbi tartalmára.

[2] A jegyzőkönyv egyebet is foglal magában (l. különösen S. E. 48. §. 5. p.), de ez a kérdésre nem tartozik.

Más fokozatban megy végbe a vegyítés a törvényszék előtti eljárásban a Terv. szerint és a felebbezési eljárás szabályként alakjában — a felebbezés szóbeli tárgyalása esetében, úgy a S. E. mint a Terv. szerint. A Terv. szerint a törvényszék előtti eljárásban a keresetlevél, helyesebben az idézési kérelem mindig irásban adandó elő (129. §.), a perfelvételi tárgyaláson ennek azt a részét, mely a keresetet kiteszi, a felperesnek szóval kell előadnia. A szóbeli előadás annak kijelentéséből is állhat, hogy a felperes az idézési kérelemben előterjesztett keresetét fentartja. Ha azonban ettől eltér, a módosítás vagy változtatás szóval adandó elő s azon felül, figyelmen kívül hagyás terhe alatt a tárgyalási jegyzőkönyvhöz leendő melléklés végett irattal megállapítandó, illetve a módosítás ebből felolvasandó (183. §.). Az alperes, ha pergátló kifogásokkal nem él, perbebocsátkozó nyilatkozatát [1] irásból tartozik felolvasni, mely a tárgyalási jegyzőkönyvhöz melléklendő, különben a perbebocsátkozó nyilatkozat figyelembe nem vétetik. (190. §.) Az alatt, hogy a perfelvételi tárgyaláson a kereset szóval és irásban adandó elő, azt kell érteni, hogy a kereseti *kérelmet* és azt a *jogviszonyt,* a mely ennek indokolására szolgál, ez utóbbit pusztán műnévvel, noha mi ezt kielégítőnek nem tartjuk, kell szóval és irásban előadni. Az alatt pedig, hogy az alperes perbebocsátkozó nyilatkozata adandó elő szóval és irásban, az értendő, hogy az alperesnek *tagadását* kell szóval és irásban előadni. Ez itt azért emeljük ki külön, mert a Terv. homályos kifejezései folytán kételyek merülhetnének fel arra nézve, hogy egyenként mely nyilatkozatok azok, melyeket szóval és irásban kell előadni. Ezen kettős, kötelező szóbeli és irásbeli előterjesztés után következik a többi perbeli nyilatkozatoknak nem kötelező iratokban való előzetes, tájékoztató előadása. *Előkészítő iratok.* (198—208. §.). Ama nyilatkozatoknak kötelező alakja a tárgyalás folyamán, az élőszóbeli előadás. Ezen nyilatkozatok egyenként a következők: a felperes részéről azon tény, tényalap előadása, melyből a kereseti jogviszony keletkezett, az alperes részéről a perbeli beismerés és kifogások, a felperes részéről a kifogások beismerése, taga-

[1] A Terv. id. §-a, de a S. E. 31. §-a is «*érdemleges ellenkérelem*» kifejezést használják. Ez azonban helytelen, mert igen könnyen szolgáltat alkalmat arra, hogy a perbebocsátkozás lényege felől tévnézetek terjenek el. Az alperes a perbebocsátkozás czéljából semmit sem tartozik kérni. L. a 22. §-t.

dása vagy ellenkifogások s ezekkel szemben az alperes részéről a további nyilatkozás: beismerés, tagadás vagy ujabb ellenkifogások és így tovább a felperes, majd az alperes részéről; bizonyításfelvétel iránti kérelmek, tehát bizonyító eszközök és közvetett bizonyító tények megnevezése; a per folyamán szükséges egyéb kérelmek pl. kérelem a makacssági itélet iránt; a felek következtetései a bizonyítás eredményéből, — észrevételezés. Ezen nyilatkozatok közül azonban a tényalap, a kifogások, ellenkifogások beismerése (V. ö. 249. §. 1.), kötelezően irásba foglalandók, a mennyiben a bíróság által készítendő tárgyalási jegyzőkönyvbe (249. §. 1.) felveendők. Ugyanez áll bizonyos kérelmekre is, a melyeknek jegyzőkönyvbe vételét a törvény külön elrendeli (249. §. 2.), és más kérelmekre, melyek az ügy eldöntésére vagy az eljárás menetére jelentőséggel birnak s a melyeknek a jegyzőkönyvbe való foglalás helyett, a jegyzőkönyvhöz csatolandó irattal való megállapítása is elrendelhető. (250. §.) Ez azonban a bizonyítás felvétel iránti kérelmekre nem vonatkozik. S így arra az eredményre jutunk, hogy *a kereset tényalapjának előadása, kifogások, ezeknek tagadása, ellenkifogások, bizonyító eszközök, közvetett bizonyító tények megnevezése kötelezően csak élőszóval történik.* Ezeknek irásba foglalása csak facultativ, a mennyiben ez csak valamelyik fél kérelmére történik. Ebben jut kifejezésre a Terv. egyik alapelve, hogy t. i. «*tényállítások* és *ténybeli nyilatkozatok*», a mennyiben már korábban valamely előkészítő iratban elő nem fordulnak, *a fél kérelmére* a jegyzőkönyvhöz csatolandó irattal megállapítandók (251. §.). Ezek alattt, bár a Terv. nem mondja, noha kivánatos lett volna, mi csak a fentebbi nyilatkozatokat tudjuk érteni, mert azokban kétségkívül tényelőadások foglaltatnak. Hogy ezen tények felhozattak, azt a bíróság az itélet *tényállásában* (413. §.) tartozik előadni; de ez nem a következtetés alapja, hanem csak beszámolás arról.

Egészen így van szabályozva a sommás per és a Terv. felebbezési eljárása a felebbezés szóbeli tárgyalása esetében, azzal az eltéréssel, hogy itt a keresetet a felebbezési kérelem pótolja, a mely azonban szintén szóval és irásban adandó elő. (V. ö. S. E. 160. §. Terv. 509, 518. §§.)[1]

[1] A S. E. és a Terv. rendszere teljesen megegyezik a *német perrend* rendszerével. Különbség köztük csak annyiban van, hogy a német perrend ezt a rendszert, mint egyedüli eljárási alakzatot ismeri valamennyi biró-

## 13. §. A per vegyes alakjainak birálata.

A vegyítés első rendszerének különböző alakjai ellen (11. §.), melyeknél a fél minden perbeli cselekvénye szó- és irásbeli előterjesztésekből áll, azt hozzák fel, hogy ott a szóbeli előadás csak merő fölösleg, miután a biró nem abból következtet, mit élőszóval hall, hanem csak az iratokból; ennélfogva ezt, hatását, sőt jellegét tekintve, a tiszta irásbeliséggel azonosnak tartják. Miután pedig erről mindenki tudja, hogy az az esetek többségében nem a megfelelő alak, ez alapon ama vegyes alakot is elitélik s egyedül helyesnek a vegyítés második rendszerét tartják (előző §.), melynél az élő szónak kellő szerep jut, hol bizonyos esetekben a biró kizárólag az élőszóval előadottakból következtet vagy legalább következtethet és hol ennél fogva nem történhetik meg az, hogy az élőszóbeli előadás üres felesleggé fajulna. Ebből az okból sokan a vegyítés ezt a rendszerét nevezik tiszta szóbeliségnek.

Hogy ebben a régi s még ma sem eldöntött vitában a helyes utat el lehessen találni, mindenekelőtt azt kell tisztázni: minő előnyöket nyujt a szó és irásbeli előadás a perben? Ez alapon fogjuk tudni meghatározni azt a szerepet is, melyet mindegyiknek a perben juttatni kell.

Az élőszó a megértetés legbiztosabb eszköze. A mindennapi tapasztalat mutatja, hogy az, a mit élőszóval előadva hallunk, mélyebb hatást gyakorol reánk, mint a mit irásban olvasunk; hogy azt tisztában, világosabban fogjuk fel, mint az, a miről csak irásból értesülünk. Kételyeket, melyek az iránt merülhetnek fel, vajjon valamit jól értettünk-e, az élőszóbeli előadás útján legbiztosabban és legkönnyebben lehet eloszlatni. Az élőszó egyuttal nagy bizto-

ság előtt. A megegyezés annyira teljes, hogy a S. E. és a Terv. ide vonatkozó §-ai a német perrend megfelelő §-ainak jobbára szószerinti fordításai. Ez a körülmény felment minket az alól, hogy a német perrend eljárását itt tüzetesen ismertessük; teljesen elegendő, ha csak a megfelelő §§-ra utalunk. Ezek 119., 221., 146., 230., 246. §§.; különösen 269., 270. §§., továbbá 485., 529. §§. A német perrend szerkesztői a szóbeliség alkalmazása kérdésében czélirányosan tértek el a hannoverai perrendtől, mert nem tartották megfelelőnek, hogy a biróság hivatalból foglaltassa irásba a feleknek minden az előkészítő iratoktól eltérő előadását. L. Hahn: Die gesammten Materialien zur Civilprocessordnung II. 127. l.

sítéka az igazmondásnak is. Konokul tagadni, valótlanságokat vakmerően állítani, kevésbbé hajlandó valaki élőszóval, másokkal szemtől szembe, mint irásban. Azonban a mily élénk az élőszó által keltett hatás, ép oly mulékony is. Az a hű kép, a melyet a biró az élőszóbeli előadásból nyer, csakhamar elmosódik. Minthogy pedig a biró legtöbbször nem itél azonnal az élőszóbeli előadás után, ne hogy a per anyaga emlékezetéből kimenjen, szükséges azt részére maradandóvá tenni. Erre a czélra egyedül az irás szolgál. A mint tehát a megértetés legbiztosabb eszköze az élőszó, épugy az emlékezetben tartás legbiztosabb eszköze az irás. A szó és irás ilyetén alkalmazása nem zárja ki a hatályos *birói pervezetést.* Az ujabb jogok a pernek úgy a felek, mint az állam érdekeinek megfelelő lebonyolítását a bíróság pervezető tevékenységének hatályos fokozásától várják. A régibb perrendek fogyatkozásai nem is annyira az irásbeliségből, mint a birói pervezetés hiányából származtak. A kettő azonban összefüggött, mert a birói pervezetés rendszerint az irásbeli perekben hiányzott. A per sorsa egészen a felek kezébe lévén letéve, a per anyaga nem lett kellően kiderítve, másfelől a per igen hosszú időre nyulott el. E hátrányok orvoslására nagyon alkalmas eszköz az, ha a biró a felek szóbeli előadásait hallgatja meg, mert ez módot nyujt neki hatályos pervezetésre. A birói pervezetésnek tehát legtermészetesebb, bár nem egyedül lehetséges, eszköze a felek szóbeli előadásainak meghallgatása. S ez a szóbeliség második főelőnye a perben. De ezt az előnyt semmiképen sem veszélyezteti az, ha mind az, a mi a perben szóval előadatott, irásba foglaltatik. Az irás csak akkor veszélyezteti a birói pervezetést, ha mellette a szónak csak alárendelt szerep jut.[1]

Csodálatos, hogy eddig még alig sikerült a pernek oly alakot adni, hogy abban a szó és irás ezen előnyei megfelelően érvényesültek volna. Az őskori tiszta szóbeli perekben az élőszó nemcsak a megértetés, de az emlékezetben tartásnak is kizárólagos eszköze

[1] Nem helyes a szóbeliség előnyeit kizárólag abban keresni, hogy a mellett a birói pervezetés hatályosan fokozható, s nem egyuttal abban is, hogy az a megértetés legbiztosabb eszköze. Az egyiket épúgy nem szabad kevésre becsülni, mint a másikat. E hibába esik Wach: Die Civilprocessordnung und die Praxis 54. s k. ll. a ki a szóbeliségről igen találó megjegyzéseket tevén, annak egyedüli előnyét a biró befolyásában az elbírálandó peranyag létesítése körül keresi.

gyanánt szerepelt, a tiszta irásbeli perekben pedig az irás nemcsak az emlékezetben tartásnak, hanem a megértetésnek is kizárólagos eszköze. A vegyítés első rendszerénél is a különböző alakzatoknak többnyire az a legfőbb hibája, hogy az élőszónak a megértetés körül nincs kellő szerepe. A felek és a biróságok, tudván azt, hogy a következtetés csak az iratokból történhetik, az élőszóbeli előadásra és annak megfigyelésére nem helyeznek kellő súlyt, úgy hogy a bíróság rendszerint az iratokból értesül a per anyagáról is s nemcsak abból következtet is. Viszont pedig a vegyítés második rendszerében, melyet a S. E. a Terv. és a német perr. elfogad, az irásnak nem jut kellő szerep. A törvényhozó attól tartván, hogy ha a felek minden előadásának irásba foglalását követeli, a szóbeli előadás a perben egészen jelentéktelenné válik: azt rendelte, hogy a feleknek csak bizonyos előadásai foglaltassanak az élőszóbeli előterjesztés mellett irásba, mások nem, vagy legalább nem kötelezően. Ezzel el akarta érni a czélt, hogy a szóbeli előadás a perben nagyobb figyelemben részesüljön. Ezt kétségkívül el is érte, de csak a másik czél elejtése árán: hogy a birónak biztos alapja legyen a következtetésre. Talán nem lesz nehéz belátnia akárkinek, hogy ha a birónak a perbeli előadások igen nagy, s hozzá tehetjük leglényesebb részét nem szabad irásba foglalni, vagy foglaltatnia, hogy ha a biró ezek tekintetében csak puszta emlékezetére vagy magánfeljegyzéseire lesz utalva vagy pedig arra, hogy a felek kérjék bizonyos nyilatkozataiknak irásba foglalását: a birónak a legtöbb esetben nem lesz biztos következtetési alapja. A puszta emlékezet nem az, legkevésbbé akkor, midőn a biró nem itél azonnal; a magánfeljegyzés, melyet a tárgyalás alatt végez, szintén nem az, mert senki sem őrzi ellen annak helyességét; a fél kérelmére bízni pedig a hivatalos feljegyzést szintén nem elegendő, mert mint a tapasztalat mutatja, a felek ilyen kérelmet sokszor elő sem terjesztenek Mi, részünkről ezt még nagyobb bajnak tartjuk, mint azt, hogy az élőszó nem használtatik fel kellően a megértetés eszköze gyanánt. Mert nagyobb fáradsággal mindig meg van a lehetőség arra, az iratokból is teljes értesülést szerezni s e mellett az irásban megvan a biztos következtetési alap. A szóbeli előadásból a felfogás, a megértés ugyan könnyebb és biztosabb, de a következtetésnél pusztán arra támaszkodni, a mit a biró emlékezetében tartott vagy tökéletlen magánfeljegyzéseibe foglalt, soha sem elegendő. És ha a birónak nincs biztos következtetési alapja, bármennyire jól fogta is fel az

ügyet annak előadásakor, az elbirálás igen sok esetben még sem lesz megfelelő. A végczél pedig mindenki szerint az: a helyes itélethozatalt lehetőleg biztosítani. A történeti fejlődés is azt mutatja, hogy épen ezen oknál fogva történt az átmenet a tiszta szóbeliségről a tiszta irásbeliségre vagy valamely vegyes alakra. Idővel mindenütt a per anyaga kibővül, mindenütt sokkal több körülményt vonnak be a perbe az ügy elbirálása czéljából, mint a fejlődés alsóbb fokain. Ez tette szükségessé különböző alakban a felek előadásainak irásbafoglalását, mert pusztán a biró emlékezetében megbizni többé nem lehetett. Tévedéseknek, önkénykedésnek az irásba foglalás nélkül igen tág tér nyilott volna, ezek ellen pedig a feleket megvédeni kellett. Mindenütt valóságos vívmánynak tekintették az irásbeliség meghonosítását.[1] Hogy ebben tulhajtottak, az köztudomású. Ez azonban nem ok az irásbeliségnek akár csak *részleges* kiküszöbölésére is, hanem arra int, hogy neki a perben megfelelő szerepet juttassunk.

Ezekben, kifejtvén álláspontunkat az egyes rendszerekkel, különösen a S. E. és a Terv. rendszerével szemben, most, habár nem tűztük ki feladatunkká concret javaslatokat tenni, röviden azt akarjuk jelezni, miként lehetne az élőszónak és az irásnak azt a szerepet biztosítani, hogy az előbbi az értesülés eszközeül, az utóbbi a következtetés alapjául szolgáljon.

Alapelvünk az, *hogy a fél minden nyilatkozata szóval adandó elő és minden szóval előadott nyilatkozat irásba foglalandó.* Ez csak folyománya annak a tételnek, hogy az élőszó az értesülés legbiztosabb eszköze, az irás a következtetés legbiztosabb alapja. Midőn pedig mi hangsúlyozzuk, hogy a biró a szóbeli előadásból értesül jön, nem mondjuk azt, hogy értesülését csak ebből merítse; sőt kivánatosnak tartjuk, hogy a félnek szóval előadandó nyilatkozatairól előzetesen iratokból is értesüljön. Mi ebben nem látunk veszélyt a szóbeliség koczkáztatására, sőt előnyt, mert minél több oldalú az értesülés, annál biztosabb. Ezen, a szóbeli előadást megelőző iratok, az *előkészítő iratok.* Ezeknek miként való felhasználása a perben nagyon vitás.[2] Távol állunk attól, hogy azt kivánjuk, mikép a fél a szóbeli tárgyaláson csak azt ismételhesse, a mi az előkészítő

[1] Igen érdekesen kifejti ezt Klein: Mündlichkeitstypen. Allgemeine oesterreichische Gerichtzzeitung 1894. évf. 36. sz.

[2] És szorosan összefügg a perbeli cselekvények alakjának kérdésével.

iratokban foglaltatik, vagy a szóbeli ismétlés csak az ő belátására legyen bízva. Épen ez okozta, hogy a vegyítés első rendszerének egyes alakjainál az élőszó nem tud kellően érvényesülni. Mi megengedendőnek tartjuk, hogy a fél az előkészítő irattól a szóbeli tárgyaláson belátása szerint eltérhessen, sőt ahhoz sem füznénk semmiféle hátrányt, ha előkészítő iratot be sem nyujt. A bíróságnak azonban kötelessége legyen az előkészítő iratokat a tárgyalás előtt áttanulmányozni, s ezt ne csak az illető tanács elnöke, hanem minden tagja tartozzék tenni. A mennyiben pedig a bíróság észreveszi, hogy a fél az előkészítő irat tartalmától eltér, kötelessége legyen az eltérést hivatalból irásba foglaltatni. Ezen irásba foglalás történhetnék a fél által, a bíróság pedig csak ellenőrizné az élőszó és az irat tartalmának azonosságát. Ez czélszerűbb volna, mintha az eltérő előadást a bíróság foglalná jegyzőkönyvbe, mert ez a bíróságot nagyon megterhelné. Ekként az, a miről a bíróság élőszóval értesült, irásban feküdnék előtte s részére biztos következtetési alapul szolgálna, a mi ismét fölöslegessé tenné azt, hogy az itélet indokolásába a tényállás felvétessék. Itt még csak azt jegyezzük meg, hogy azt, mikép az élőszó az értesülés, kötelező eszköze gyanánt szerepeljen, csak az elsőfokú és a felebbezési bíróság előtti eljárásra nézve kivánjuk meg, és itt is csak szabályképen. A felülvizsgálati eljárásban az értesülés főeszköze gyanánt az iratok szerepeljenek, az élőszó csak kisegítésképen. Ezt azon különbség okából tartjuk szükségesnek, mely ezen eljárások közt fennáll. A felülvizsgálati bíróság előtt egy, rendszerint többé meg nem változtatható anyag szerepel. Ezt azon bíróság az alsóbb bíróságok előtt készitett iratokból eléggé megismerheti, nincs tehát szükség a kötelező szóbeli előadásra. Ezen a ponton a S. E. és a Terv. rendszerét mi nagyon helyesnek tartjuk, s haladásnak tekintjük a német perrenddel szemben.[1]

[1] *Németországban* az a kérdés, vajjon a német perrend szóbelisége a gyakorlatban bevált-e, igen sok és tanulságos vitára szolgáltatott okot. E vita Németország két legkiválóbb szakembere Bähr és Wach közt folyt le, melynél mindegyik részint saját tapasztalataira, részint más, a gyakorlat terén működő férfiaktól beszerzett adatokra támaszkodván, más-más eredményre jutott. Nevezetesen Bähr azt vitatta, hogy a német perrend eljárása helytelen, mert abban az *iratoknak* kellő módon való felhasználása nincs biztosítva. Ide vonatkozó értekezései: Der deutsche Civilprocess in praktischer Bethätigung. Ihering-féle Jahrbücher für die Dogmatik des

## 14. §. A per szerkezete. A) Határnapok és határidők.

I. Vizsgálódásunk czélja az előbbi §§-ban az volt, hogy a per végső elemeit, a perbeli cselekvényeket, megismerjük. A jelen és következő §§-ban kutatásunk az ellenkező irányban fog haladni, s azt fogjuk kideríteni, hogy a perbeli cselekvényekből minő különböző módokon lesz a per megalkotva. Ezt mi a per *szerkezetének* nevezzük.

E tekintetben első sorban a pernek következő alaptételei: a rendelkezési és tárgyalási elv és a kölcsönös meghallgatás elve irányadók. Ha a biró csak a felett itélhet, a mit a fél kér és csak azon indokolás alapján, melyet a fél előterjeszt, ha továbbá a biró csak azon másik fél meghallgatása után itélhet, a ki ellen az előbbi a jogviszonyt meghatároztatni kéri: szükségképen előáll a pernek részint a felek, részint a bíróság cselekvényeiből való összetétele

heutigen römischen und deutschen Privatrechts XXIII. k. 339—434. l.; Noch ein Wort zum deutschen Civilprocess. u. o. XXIV. 329—390. l. és külön lenyomatban. Ellenben Wach az ellenkezőt vitatta, azt állítván, hogy az a rendszer, melyet a német perrend a szóbeliség megvalósítása körül követ, teljesen megfelelő. Értekezései: Eine civilprocessualische Enquête. Zeitsch. für deut. Civilprocess X. k. 181. l. Ez előszó azon kérdőpontokhoz, melyeket a gyakorlati férfiakhoz intézett. Die civilprocessuale Enquête. Ein Bericht. Zeitschr. für deut. Civilprocess XI. k. pótfüzet. Ebben a kérdésekre adott válaszok feldolgozása foglaltatik. Die Civilprocessordnung und die Praxis, Lipcse 1886.; és Vorträge stb. 1—51. l. Ezen vita gyakorlati következménye az volt, hogy az osztrák törvényhozás Bähr érvelése előtt meghajolva, az uj osztrák perrendben a szóbeliségnek sokkal szükebb körben enged tért, mint a német perrend. Az osztrák perrend azt az alaptételét, hogy minden a mi szóval előadatott, írásba foglalandó, mi s, a főszövegben kifejtett okoknál fogva helyeseljük, noha egyes részletes intézkedéseit, melyekben ezen elvet alkalmazza, nem tartjuk czélszerűeknek. Különösen helytelenítjük azt a számos esetben alkalmazható előkészítő eljárást kiküldött bíró előtt (245. §.) továbbá azt, hogy az elnök belátására van bízva, hogy a szabályt képező jegyzőkönyvezés (208., 209. §§.) helyett az irattal való megállapítás a félre háríttassék (265. §.), holott ennek a szabályt kellene képeznie és hogy az itéletbe a tényállás is felveendő (417. §.), holott ez a per anyagának az irattal való megállapítása mellett fölösleges. Természetes, hogy sokan az osztrák perrend rendszere mellett, mások pedig ellene foglaltak állást. Az irodalmat kimerítően idézi: Bericht des Permanenzausschusses für die Reform des Civilprocesses. 6. s k. ll. Mi itt különösen csak a következőkre hívjuk fel a figyelmet. Sonnenschmidt: Z. f. d. Cp. II. 266. s k. ll.; Vierhaus: u. o. 375. s k. ll. és még 133. s k. ll. Klein: Pro futuro 87. s k. ll.; ugyanaz: Mündlichkeitstypen. Allgemeine öster-

olyképen, hogy a bíróság cselekvényei mindig feltételezvék a felek cselekvényeitől és hogy minden félnek későbbi cselekvénye fel van tételezve a másik fél korábbi cselekvényeitől. Más tényezők a per szerkezetét mindig csak ezen elvek alapján, tehát csak másodsorban határozzák meg. Itt csak ezekről fogunk szólani; mert ama alapelvekről már a 4. §-ban szólottunk.

II. A per szerkezetét meghatározó másodlagos tényezők közt első helyen áll a felek cselekvényeinek alakja, a szerint, a mint azok tisztán szóbeliek, tisztán irásbeliek vagy szóbeliek és irásbeliek. Tisztán szóbeli perben a felek és a bíróság együttes jelenléte szükséges, a mennyiben a bíróság az együtt jelenlévő felek szóbeli előadásait hallgatja meg. Ugyanez áll a vegyes alakú pereknél a szóbeli előadások meghallgatására. Elvileg ugyan nincs kizárva

reichische Gerichtszeitung 1894. évf. 36. és 37. sz.; Kornfeld: Civilprocessuale Grundsätze Lipcse 1893. 35—71. l.; Bähr: Die neuen österreichischen Civilprocessentwürfe. Zeitsch. für Civilpr. XIX. k. 80. s k. ll. Wach: Die Mündlichkeit im österr. Civilprocess-Entwurf; Fodor: Az uj osztrák polgári perrendtartás. Magyar Jogászegy. Ért. XII. k. 7. füzet és ugyanott Nagy F. felszólalása. — A mi törvényhozásunk a S. E. megalkotásánál és a Terv. készítője, a német perrend szóbelisége ellen felmerült aggályokat nem tartották alaposaknak s azért azt a felebbezési, illetve a törvényszékek előtti első foku eljárásban is minden változtatás nélkül fentartották. Az az indokolás azonban, a melylyel ezt teszik, az aggályokat a legkisebb mértékben sem oszlatja el. Czéljuk az volt: a szóbeliséget «tisztán» keresztül vinni, miután az a legczélszerübb eljárási alak. Ennélfogva mindent elkövettek, hogy az irás az előszót valamikép el ne nyomja s így jutottak arra az eredményre, hogy a tényállás ne hivatalból állapíttassék meg irásban az itélet előtt, hanem csak kérelemre, annálinkább, mert «a tényállás hiteles feljegyzése nem a bíróság, hanem a felek érdekében történik». Jobb tehát, ha a bíróság az itélet hozatalnál magánfeljegyzéseire vagy puszta emlékezetére támaszkodik. S. E. indokolása a miniszternek a képviselőház elé terjesztett javaslatában 108. l. Terv. ind. 32., 52., 164. l. Téves a Terv. az a feltevése, hogy az ő szóbelisége, tiszta szóbeliség volna. Ilyen ma sehol sem létezik; a minta gyanánt elfogadott német perrend sem az. V. ö. Wach: Vorträge 5. l. És téves az is, hogy a tiszta szóbeliség volna ma a legczélszerübb alak, ezt a német perr. pártolói sem állítják. Aztán, mivel lehet azt indokolni, hogy a tényállás csak a felek érdekében foglaltatik irásba? A perben minden a felek érdekében történik, de közérdekből, tehát a bíróság érdekéből is. A kettő oly szorosan összefügg, hogy lehetetlen volna megmondani, mely cselekvény vitetik végbe pusztán magánérdekből, s melyik közérdekből. A mely cselekvény kizárólag a felek érdekében állana, azt az állam a perben bizonyára mellőzné is.

oly berendezés, hogy a bíróság ezen pereknél a felek előadásait külön-külön hallgassa meg, de a czélszerüségi tekintetek már kezdettől fogva arra vezettek, hogy a bíróság a felek előadásait egy időben hallgassa meg vagy legalább erre módot nyujtson. Az egyidejü meghallgatás czéljából a bíróság a feleket egy és ugyanazon időpontra maga elé idézi, melyet *határnapnak* nevezünk. Ennélfogva a tisztán szóbeli per mindig egy bizonyos határnapon vagy több egymást követő határnapon foly le. — A tisztán irásbeli pernél a bíróság csak a felek iratait észlelvén, e czélból a felek részéről csak az szükséges, hogy a periratokat a bírósághoz benyujtsák, vagyis átadják. De, miután az egyik fél periratának tartalma fel van tételezve a másik fél periratának tartalmától, amaz csak akkor nyujthatja be periratát, ha ez utóbbi periratának tartalmáról értesült. Ebből következik, hogy ez a benyujtás nyomban a másik fél periratának benyujtása után rendszerint nem történhetik meg, mert a megfelelő perirat megszerkesztése is hosszabb időt vesz igénybe. A félnek cselekvése tehát a másik fél periratának benyujtásakor legfelebb csak arra szoritkozhatik, hogy a másik fél peritatát átvegye. Ámde a pusztán ebből a czélból a felet a bíróság elé fárasztani nem gazdaságos, s igy előáll a tiszta irásbeliségnél az a rendszer, hogy a bíróság előtt mindig csak az egyik fél jelenik meg, a ki periratát benyujtja, melyet aztán a bíróság a másik féllel közöl, de ennek pusztán a perirat átvétele czéljából megjelennie nem kell. De ismét, ha a per az által foly le, hogy mindegyik fél periratának átadása czéljából külön-külön jelenik meg, nem mulhatlanul szükséges, hogy a perirat átadására csak egy meghatározott időpont, határnap tüzessék ki, hanem teljesen megfelel egy több napból álló időköz is, melyen belül a fél periratát akármikor benyujthatja, s melyet *határidőnek* nevezünk. Ennélfogva a tisztán irásbeli per több határidőből álló időszakokban foly le. Végeredményben tehát a tiszta szóbeliség és a tiszta irásbeliség annyiban befolyásolja a per szerkezetét, hogy a tisztán szóbeli per határnapos, a tisztán irásbeli pedig határidős. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy a tisztán irásbeli pernél ezt a következményt csak hosszú idők multán vonták le. Sőt sok helyütt a tisztán irásbeli per mindvégig, egészen vagy részben határnapos maradt, a mi legszólóbb bizonyitéka eredetének, vagyis annak, hogy a tisztán szóbeli perből fejlődött ki, illetve annak helyébe lépett.

de a határnapokat azon túl is megtartotta, midőn egyébként annak jellegéből egészen kivetkőzött.

Ez a mi tiszta irásbeli perünkre, a rendes eljárásra is áll. Itt a felek mindenekelőtt egy határnapra, a perfelvételi határnapra idéztetnek meg, a melyen mind a két fél a mulasztás következményeinek terhe alatt megjelenni s azon az alperes elleniratát benyujtani tartozik. (T. 130. §. 132. §.[8]). A többi perirat: a válaszirat, vég- és ellenvégirat ellenben egy bizonyos határidőn belül nyujtandók be, a melynek végső napján, hacsak a perirat korábban be nem adatott, az a fél tartozik megjelenni a perirat átadása czéljából, a kin sor, a periratot beadni (T. 143. §.). E határidő végső napján az ellenfélnek is érdekében áll megjelenni a perirat átvétele czéljából, mert azt a bíróság vele, egy kivételes esettől eltekintve, (132. §[8].) hivatalból nem közli. De csak azért, mert meg nem jelent, őt hátrány nem éri. Ez csak annak következtében hárul reá, hogy a periratot át nem vévén, ő maga nem fog tudni kellő periratot benyujtani akkor, midőn ezt tennie kötelessége leend.[1] Egészen ilyen a rendes per másik

[1] A rendes per ez a szerkezete a tiszta irásbeliség szempontjából is czélszerűtlen. Fölösleges egy perfelvételi határnapot kitűzni, melyen mind a két félnek kell megjelennie, midőn a felperesnek semmi más teendője nincs, mint az alperes periratát átvenni. És fölösleges az is, hogy a többi perirat átvételére a határidő utolsó napján a másik fél jelentkezzék, midőn egyszerűbb volna neki a periratot kézbesíttetni. Még helytelenebb volt az 1848 előtti perünk szerkezete. Ez mindvégig határnapokon folyt le. Mindenekelőtt a felek megjelentek egy határnapon peremelés (levata) czéljából, melyen a felperes keresetét a jegyzőkönyvbe bevezette vagy ezt az ujabb gyakorlat szerint már magával készen elhozta. Az alperes perbeszédének beiktatására ujabb határnap tüzetett ki, a melyen azonban a pernek ujra való felvétele (reassumtio) czéljából nemcsak az alperesnek, de a felperesnek is kötelessége volt megjelennie. S így folytatódott ez a többi perbeszédeknél. V. ö. Frank: i. m. II. 105. és 141. l. Ebben régi jogunk az egyházjognak és a régibb német jognak gyakorlatát követte. Az ujabbi német gyakorlat szerint azonban a tiszta irásbeli per egészen határidős volt, a feleknek együttesen megjelenniök soha sem kellett, az egyik fél által benyujtott perirat a másiknak egyszerűen kézbesíttetett. V. ö. Wetzel: i. m. 890—898. l. Bayer: i. m. 464. l. Határidős volt az 1781. évi osztrák perrend (34—57. §.) valamint az 1852. évi ideiglenes törvénykezési rendtartás irásbeli eljárása is (51—56. §.), annyiban, hogy a felek a periratokat a bíróság utján határidőkben tartoztak váltani; de ennek befejeztével az iratoknak jegyzékbe foglalása a bíróságnál (inrotulatio) egy bizonyos határnapon történt. 1781. évi perr. 238—246. §.; 1852. évi perr. 57. §.

alakjának, a jegyzőkönyvi eljárásnak (T. 144. 149. §., N. 19. §.) a szerkezete. Az az eltérés, hogy itt a felek a bíróságnál a jegyzőkönyvbe vezetik be perbeszédeiket, a lényegen nem változtat.

A mi a vegyes alakú pert illeti, ez mindig határnapos és határidős. Itt bizonyos cselekvényekre csak határnapok vannak, másokra csak határidők. Sőt vannak olyan cselekvények is, a melyek előbb bizonyos határidőben azután bizonyos határnapon végeztetnek. Itt csak a mi jogunkat tartva szem előtt, látjuk, hogy a sommás perben a kereset előadása az arra való nyilatkozás határnapokon történik (S. E. 24. §.); ugyanekkor foglaltatnak azok utólag irásba is. A felebbezési és felülvizsgálati eljárásban a felebbezésre és a felülvizsgálati kérelemre való nyilatkozás előzetesen előkészítő iratok utján történik határidőkben, (S. E. 141., 194. §§.) azután határnapokon szóval (S. E. 135., 193. §§.). Ugyanez áll a Terv. szerint is nemcsak a járásbirósági felebbviteli, hanem a törvényszéki eljárásra is minden fokon. Más cselekvények végül, mint pl. a perorvoslati kérelmek előterjesztése, csak határidőkben vitetnek végbe. Valamint legczélszerűbb a perben az irást és élőszót együttesen felhasználni: épúgy legczélszerűbb azon per szerkezete, mely határnapokban és határidőkben foly le a szerint, mint ezt az egyes perbeli cselekvények természete megkivánja.

## 15. §. *B)* Eshetőségi elv.

I. A felek perbeli cselekvényeinek alakja abból a szempontból is befolyásolja a per szerkezetét, hogy az egyes perbeli cselekvényeket *mely időben* lehet végezni. Ez azonban nem áll valamennyi perbeli cselekvényre, hanem csak azokra, melyeket a félnek egymás mellett lehet végeznie, melyek tehát nincsenek egymástól feltételezve. Ellenben azok véghezvitelének idejét, melyek egymástól feltételezvék, nem az alak, hanem az határozza meg, hogy azokat mindaddig nem lehet véghez vinni, míg a feltételüket képező cselekvény véghez nem vitetett. Mindenekelőtt a mi ez utóbbiakat illeti, az alperes addig nem nyilatkozhatik, a míg a felperes keresetét elő nem terjesztette, a felperes is a per folyamán tovább csak ahhoz képest nyilatkozhatik, hogy az alperes miként nyilatkozott. Az alperesnek is, ha a pert el akarja hárítani, előbb kell nyilatkoznia e részben; miután a perbe bocsátkozott, a per elhárítása iránt nincs többé nyilatkozásnak helye. A bíróság is a

perben csak azután határozhat, miután a felek már nyilatkoztak. Ha pedig a fél egy feltételezett cselekvényt véghezvitt, azt többé vissza nem vonhatja s egy más cselekvényt, mely azt helyettesítené, véghez nem vihet annyiban, a mennyiben ennek következtében a peres eljárás meghosszabbíttatnék. Innen van, hogy miután a fél beismert, nem tagadhat vagy nem élhet kifogásokkal; fordítva azonban nincs kizárva a beismerés, miután a fél előzőleg tagadott vagy kifogásokat hozott fel, mert ez által az eljárás megrövidül, ezt pedig a törvény soha sem gátolja meg.

Azon cselekvényeket azonban, melyek nincsenek egymástól feltételezve, elvileg a fél a per folyamán akármikor végezheti. Ilyenek azok, melyek közül az egyik a másikat ki nem zárja, melyek közül tehát az egyiknek későbbi véghezvitele nem jelenti egy másik korábban véghezvitt cselekvénynek visszavonását. Ezen szempont alá esnek: az alperes részéről több kifogásnak, a felperes részéről több ellenkifogásnak stb. felhozatala, vagy akármelyik fél részéről az általa felhozott, de a másik által tagadott tények bizonyítására bizonyító eszközöknek megnevezése. Ha ennélfogva az alperes a kereset ellen bizonyos kifogást felhoz, ez nem zárja ki, hogy később még más kifogásokat is felhozhasson, vagy pedig ha az egyik fél az általa felhozott, de a másik által tagadott tény bizonyítására egy bizonyító eszközt megnevezett, maguknak a perbeli cselekvényeknek viszonya egymáshoz nem zárja ki, hogy a per folyamán ugyanazon tény bizonyítására más bizonyító eszközöket is nevezzen meg. De, a mint a per irásbelivé lett, csakhamar belátták, hogy az ilyen cselekvényeknek egymás után való végzése különböző határnapokon vagy határidőkben a per menetét rendkívül meghosszabbítja:[1] szükségesnek látták ez okból elrendelni, hogy a fél az ilyen cselekvényeket egy határnapon vagy egy határidőben végezze, azoknak véghezvitele később nem engedtetvén meg. Ezen a per menetének megrövidítését czélzó rendelkezés, a középkorban az irásbeliség elterjedésével annál szükségesebb volt, mert más eszközt, nevezetesen a per megszüntetését egy bizonyos törvényes határidő elteltével vagy a per

[1] De ettől eltekintve, a per menetét az is rendkívül meghosszabbította, hogy maguk a törvények a perbeli cselekvények végzését egyes határnapok közt rendkívül elaprózták, melyeken a birónak nem állott jogában változtatni. Az eshetőségi elv az ellen is nyujtott orvoslást. Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe 53. s k. ll.

berekesztését a biró által az ő belátásához képest, nem ismertek. Ezt a rendelkezést, a melynél fogva az egymást ki nem záró perbeli cselekvényeket a fél ugyanazon határnapon vagy határidőben végezze, *eshetőségi elvnek* nevezzük azért, hogy már eleve ismeretesek legyenek azok a kifogások és bizonyító eszközök, ellenkifogások, melyeket a fél a per folyamán használni akar, a mennyiben esetleg a kifogásokra és ellenkifogásokra a másik fél nyilatkozni, a bizonyító eszközöket a bíróság esetleg megfigyelni akarná. Az eshetőségi elvet azonban tiszta írásbeliség mellet még kiterjesztették a *feltételezett cselekvényekre* is olyképen, hogy a félnek bizonyos feltételezett cselekvényt előbb kellett véghezvinnie, még mielőtt a másik fél a feltételt képező cselekvényt véghez vitte volna, abból a czélból, hogy ez már eleve tudhassa, hogy az előbbi bizonyos esetleges cselekvényére miként fog nyilatkozni. Ettől is a pernek megrövidítését várták. Így pl. a felperesnek a tényalap bizonyítására szükséges bizonyító eszközöket a keresetben kellett megneveznie, arra az esetre, ha az alperes a tényalapot esetleg tagadná, pedig a kereset benyujtársakor még nem volt bizonyos, hogy ezt tenni fogja.

Az eshetőségi elv ilyen tág körben a mi rendes perünkben is nyer alkalmazást. Mindenekelőtt ki van mondva az, hogy ha az alperesnek több kifogása, a felperesnek és így tovább az alperesnek több ellenkifogása van, azokat egy periratban kell felhoznia. E mellett azonban a T. elrendeli azt is, hogy a felperes keresetében a tényalap bizonyítására szolgáló bizonyító eszközöket is nevezze meg abból a czélból, hogy a bíróság eleve tudja, hogy a felperes mivel akar bizonyítani, ha esetleg az alperes a tényalapot tagadná. Hasonló módon kell az alperesnek a kifogások, a felperesnek az ellenkifogások bizonyítására szolgáló bizonyító eszközöket előzetesen megneveznie,[1] habár még nem bizonyos, vaj-

[1] Ennélfogva nálunk a rendes perben az eshetőségi elv még nagyobb terjedelmben nyer alkalmazást mint a német közönséges jogban. Itt ugyanis az csak arra terjedt ki, hogy a fél egynemű, egymást ki nem záró nyilatkozatait hozza fel együttesen, de nem arra is, hogy a fél a feltételezett nyilatkozatokat előzetesen tegye, még mielőtt a másik fél a feltételt képező nyilatkozatot megtette volna. Tehát a félnek csak az összes kifogásokat és ellenkifogásokat kellett együttesen felhoznia és nem kellett az azok bizonyítására esetleg szükséges bizonyító eszközöket is megneveznie. Ezeket csak a bizonyítási itélet után kellett ismét együttesen felhozni,

jon a felperes a kifogásokat, az alperes az ellenkifogásokat tagadni fogja-e (V. ö. T. 64., 133., 134. §§.). Világos ebből, hogy a T. értelmében a kifogások és ellenkifogások *együttesen*, a tényalap, a kifogások és ellenkifogások bizonyítására szolgáló bizonyító eszközök mindig *előzetesen* hozandók fel. Az eshetőségi elvnek az a következménye, hogy ha a fél azon kifogásokat és ellenkifogásokat, a melyeket egy periratban együttesen s azon bizonyító eszközöket, a melyeket előzetesen felhozni elmulasztott, egy későbbi periratban többé nem hozhatja fel. (V. ö. T. 137., 156. §§.).[1] Az előzetesen felhozandó *bizonyító eszközök* tekintetében azonban kivételnek van helye, a mennyiben azokat a fél bizonyos feltételek mellett, nevezetesen, ha nem tarthatta valószinünek, hogy az ellenfél állítását tagadni fogja vagy ha valószínüvé teszi, hogy a bizonyító eszközt korábban nem használhatta, egy későbbi periratban is megnevezheti (T. 156. §.).[2]

II. Az eshetőségi elv a tiszta irásbeliség szüleménye lévén, azt

miután a bíróság kijelölte, kit mire nézve terhel a bizonyítás. V. ö. WETZEL: i. m. 967., 975. ll. Az eshetőségi elv az a tág alkalmazása, mint a mi rendes perünkben, csak egyes particularis jogokban fordul elő, így pl. az 1781. évi osztrák perrendben (3—12. §.) az 1852. évi ideiglenes törvénykezési eljárásban (10., 12. §§.) s innen került a mi jogunkba. E tág körü alkalmazás azért lehetséges, mert e perrendek a bizonyítási caesurát nem ismerik.

[1] Ez a *kizárás, praeclusio* egyik esete. L. 48. §-t.

[2] Régi perjogunk, az eshetőségi elvet nem ismerte; a per elhuzását más eszközökkel törekedett meggátolni. Nevezetesen *rövid pereket*, ezek azok voltak, melyekben nem gyökös jogokról volt szó, *az első* törvényszakon belül, *a hosszú pereket*, melyek gyökös jogok iránt indíttattak *négy, törvényszakon* belül kellett befejezni. 1486: XIX. t.-cz.; 1492: LIV. t.-cz. ezt ismétli, miután a korábbi törvény rendelkezésének nem volt foganata, mert annak daczára is: causarum decisio interdum vix in una hominis aetate finaliter determinari potest. L. még H. K. II. 3., 4. §§. E rendelkezéseknek azonban később sem volt foganatjuk. V. ö. FRANK: i. m. II. 77. l. Ennélfogva a későbbi törvények az által akarják elejét venni a hosszas perlekedésnek, hogy a feleket, de különösen ügyvédeiket eltiltják a hoszszadalmas, a per elhuzását czélzó védekezéstől. L. különösen H. K. II. 83., 6—9. §.; továbbá 1563: IXL. t.-cz. és mások. Ezenfelül pedig még az által is akarnak hatni a perek megrövidítésére, hogy megállapítják a perbeszédek számát. 1723: XXXVIII. t.-cz. 4. §.; 1729: XLIII. t.-cz. 11., 12. §§. De ezeknek sem volt foganatja, mert az 1792: XVI. t.-cz. 4. §-ának ama törvények figyelembe vételét ismételten kellett elrendelnie. — Az eshetőségi elv kifejlődésére l. WETZEL: i. m. 964. s k. ll.

a legtöbb helyen, a hol a pernek valamely vegyes alakját behozták, kiküszöbölték. Elvileg ugyan a pernek bármely vegyes alakja az eshetőségi elvet épúgy megtűri, mint a tiszta irásbeliség. Kétségtelen azonban, hogy ott, hol az élőszónak megfelelő szerep jut, az eshetőségi elv más eszközökkel, melyek a per elhuzását hatályosabban meggátolják, jobban pótolható. Innen van, hogy különösen ott, hol a szóbeliséget lehető legnagyobb mértékben törekesznek alkalmazni, van kizárva az eshetőségi elv. Ez az oka annak, hogy a S. E. és a Terv. is az eshetőségi elvet elejtik, s a birói pervezetés hatályos fokozásával, mint a tárgyalás berekesztése által belátás szerint, kevésbbé alkalmas bizonyító eszközök kizárása által akarják a per elhuzását megakadályozni. Az eshetőségi elv a vegyes alakú perekben akkor alkalmaztatik, midőn a törvény elrendeli, hogy a szóbeli előadás csak ismétlése legyen annak, a mit a felek az iratokban előadtak, úgy, hogy a tárgyaláson a félnek nem szabad más kifogásokat, ellenkifogásokat és bizonyító eszközöket megnevezni, mint a melyek az iratokban foglaltatnak. Ezt egyes esetekre a S. E. (198. §.) és a Terv. (267., 565. §§.) is elrendelik, s ennyiben azok szerint az eshetőségi elv a per érdemleges szakában is érvényesül.

De nem esik az eshetőségi elv fogalma alá az, midőn a törvény elrendeli, hogy a félnek a per elhárítására vonatkozó nyilatkozat, *pergátló kifogásokat,* a perbebocsátkozás előtt kell felhoznia (23. §.), mert azt eshetőségi elv csak az határozza meg, hogy a per egy és ugyanazon szakában a felek perbeli cselekvényei milyen időben végeztessenek, nem pedig azt, hogy a per egyes szakai minő sorrendben következzenek egymás után. A tisztán irábeli és a vegyes alakú pereknél egyaránt el van ismerve, hogy a per azon szaka, melyben a per elhárításáról van szó, előzze meg a per érdemleges elintézésének szakát (N. 16.; S. E. 27. §.; Terv. 185. §.). Ha azonban a törvény elrendeli, hogy az alperes a per elhárítására irányuló kifogásait mind *együttesen* hozza fel: akkor a per ezen szakában is az eshetőségi elv önállóan nyer alkalmazást. Ezt tényleg a mi jogunk szerint az alperesnek a sommás perben, mint pedig a Terv. szerint kell tennie. (id. §§.) Ebből ismét világos, hogy míg a S. E. és a Terv. a per érdemleges szakában az eshetőségi elvet, mint szabályt elejtik, azt a per elhárítása körüli szakban fentartják.

Az eshetőségi elvvel kapcsolatos a periratok számának meg-

határozása is. Nálunk a rendes perben a felperes részéről van kereset, válasz- és végirat, az alperes részéről ellenirat, viszonválasz és ellenvégirat (T. 128. §.).[1]

## 16. §. C) A perbeli cselekvények elkülönítésének elve.

I. Ha a feleknek perbeli cselekvényeiket más-más időben kell végezniök, ez annyiban befolyásolja a per szerkezetét, hogy a per ennek következtében bizonyos szakokra oszlik. Ez merő ellentéte az eshetőségi elvnek, s mi azt a *perbeli cselekvények elkülönítése* elvének fogjuk nevezni. Valamint az eshetőségi elv értelmében a feleknek összes nyilatkozataikat egy időben kell előadniok, az elkülönítés elve szerint a felek perbeli cselekvényeinek végzése különböző időre esik. Míg az eshetőségi elv az irásbeliség szüleménye s előidézője annak, hogy a felek cselekvényei az itéletig minden nyugpont nélkül folynak: addig az elkülönítés elve épen a szóbeliség nagyobb mérvű érvényesülésének következménye. És a mint az eshetőségi elv a tiszta irásbeliség mellett rendkivül hasznos, épúgy a szóbeliség mellett igen előnyös, hogy egyes perbeli cselekvények végzésére a törvény állapitson meg más-más időt. A szóbeli előadások mellett a per anyaga könnyen összefolyna és zavarossá válnék, ha a törvény a felek előadásaira nézve más-más időpontokat nem állapítana meg. Ebből a per elhuzásának veszélye, mint a tiszta irásbeliségnél, a biró hatályos pervezetése mellett kevésbbé állhat elő. Az irásbelivé vált középkori jogok legfőbb hátránya, mint ezt a következő §-ban kifejtjük, abban rejlett, hogy a törvény maga határozta meg, hogy a felek egyes perbeli cselekvényei mely határnapokon végzendők, melyeknek száma rendkivül nagy volt, s melyeket összevonni a birói pervezetés hiányánál fogva a birónak nem volt megengedve. A reformok első sorban ezen tűrhetetlen állapot orvoslására irányultak, a mely az eshetőségi elv behozatalában és a birói pervezetés némi fokozásában állott. Ez a visszásság azonban a mai jogok szerint nem állhat elő, mert egyrészt a perbeli cselekvények elkülönítése nem oly szertelenül nagy, mint a középkorban, hanem bizonyos mérséklet-

[1] Régi jogunk a periratok számát az eshetőségi elv nélkül is meghatározza. 1792 : XVI. t.-cz. 4. §.: in exceptionibus ultra *triplicam*, in merito ultra *quadruplicam* inducere non admittitur.

tel, sőt sok helyütt nem is a kellő mértékben van keresztülvive, másrészt pedig a rendkívül kifejlesztett birói pervezetés által az elkülönítés netáni hátrányai mindig elháríthatók.

Az elkülönítés fogalmának megvilágítása czéljából meg kell még jegyeznünk, hogy az a körülmény, mikép a felek perbeli cselekvényeiket különböző időben végzik, csak akkor idézi elő a pernek bizonyos szakokra való felosztását, ha a törvény elrendeli, hogy a felek más-más időben végezzék cselekvényeiket, nem pedig akkor is, ha ez pusztán esetleges és valamely nyilatkozat előterjesztése csak azért marad más határnapra, mert korábban erre nem volt alkalom, mint pl. ez az eshetőségi elv mellett is előfordul, valamely nyilatkozata csak azért marad más periratra, mert korábban nem volt módja azt előterjeszteni. Továbbá nem idézi elő a pernek felosztását olyan szakokra, melyek a per szerkezetére befolyással birnának az sem, hogy s biró a törvény különös rendelése alapján a feleket utasíthatja, hogy előbb végezzék bizonyos cselekvényeiket, melyek alapján a biró esetleg előzetesen határoz is és azután csak a többieket, mert ekkor is a pernek, időben több szakra való felosztása csak esetleges. Ez különösen a mai jogokban, a szóbeliség nagyobb fokú érvényesülése mellett szokott előfordulni az *elkülönítések* különböző eseteiben, melyek alapján a biró *rész*, illetve *közbenszóló itéleteket* is hozhat. Ezen, a biró belátására bizott elkülönítés is a szóbeliség fentebb vázolt hátrányainak elhárítására szolgál.

II. Az elkülönítés elvének előnyeit az ujabb jogok nem használják ki a kellő mértékben. Az által ugyanis, hogy ellentétben a középkori jogokkal az összes perbeli cselekvényekre egy és ugyanazon határnapot állapítanak meg, nagy mértékben késleltetik azon ügyek elintézését, melyek hosszabb eljárást nem kivánnak meg. Kivételt ez alól csak néhány ujabb perrend képez. Valamennyi közt legtöbb figyelmet érdemel a Terv., mert ennek rendszere a perbeli cselekvények elkülönítése körül a legsikerültebb. A Terv. szerint a bíróság mindenekelőtt határnapot tűz ki a pergátló kifogások előterjesztésére és az alperes perbebocsátkozására. E kettőtől függ a pernek egész sorsa. Ha vannak pergátló kifogások és azoknak a bíróság helyt ad, vagy általában, ha a bíróság valamely perakadályt lát fenforogni, a per létre sem jöhet s így teljesen felesleges megengedni, hogy a felek előzetesen az ügy érdemére vonatkozólag is nyilatkozzanak. Másfelől, ha perakadály ugyan

nincs, de az alperes olyan perbebocsátkozó nyilatkozatot tesz, mely a hosszadalmas bizonyítási eljárást feleslegessé teszi, (perbeli beismerés): nagyon helyes, a per mielőbbi befejezésére alkalmat nyujtani. E czélból a bíróság egy rövid határnapot tűz ki, a melyen ezen kérdések eldöntetnek. Ez *a perfelvételi tárgyalás.* (185—190. §.) Csak akkor, ha a per el nem hárítható, sem rövidesen be nem fejezhető, tűz ki a bíróság a további «érdemleges tárgyalásra» határnapot (196. §.), melynek megérkeztéig a felek a tárgyalást iratok útján előkészítik (198., 199. §§.). Ez a kettéosztás azonban nem szükségképeni. A bíróság ugyanis nem tűz ki múlhatlanul új határnapot a további tárgyalásra, mert a per a felek közös kérelme alapján a perfelvételi határnapon is tárgyalható tovább (196. §.).[1]

[1] A Terv. által elfogadott megosztást mindenki helyesli, mert a vele járó előnyök szembetünők. A bíróságra nagy előny, ha oly ügyektől, melyek az érdemben hosszas tárgyalást nem igényelnek, mielőbb megszabadul, a felekre, különösen a felperesre is nagy előny, ha az ügy rövid idő alatt nyer befejezést. L. a Terv. indokolását 41. s k. l. WACH: Vorträge 45. l.; BÄHR: Jahrb. für Dogmatik XXIV. 352. l. NAGY F. Magyar Igazságügy XXV. 443. s k. ll. — A *német perrend* a perfelvételi cæsurát nem ismeri. E szerint a bíróság a keresetlevél alapján azonnal az ügy érdemleges tárgyalására tüz ki határnapot, a melynek megérkeztéig a felek a tárgyalást iratok útján előkészítik. 233., 234., 244. §§. Ez azonban fölötte czélszerütlen, mert fölösleges az ügyet érdemben is előkészíteni, mielőtt bizonyos volna, hogy a per létre jön-e és különös bizonyítási eljárásra lesz-e szükség. Ezenfelül az egy hónapi időköz, melynek a tárgyalásig le kell folynia, kizárja azt, hogy a felperes rövidesen makacssági itélethez jusson, vagy pedig, hogy az ügy egyébként röviden befejezhető legyen. Az *uj osztrák perrend* a perfelvételi cæsurát ismeri ugyan, de azt a Tervtől eltérően és sok tekintetben helytelenül szabályozza (239—242. §.). Leghelytelenebb az, hogy egyes nyilatkozatok, nevezetesen a hatásköri és illetőségi kifogás, az első tárgyaláson ugyan bejelentendők, de érdemleges elintézést nem nyernek a tárgyalást vezető *elnök* által, hanem ez csak egy későbbi tárgyaláson a tanácsban történik, de azért az ügyet e határnapig *érdemben* is kell előkészíteni. (240., 243. §§.) Ezzel a perfelvételi cæsurának jóformán minden előnye lerontatik. — Egyébiránt a Terv. perfelvételi cæsurája nem egészen új. Nevezetesen az *1891. évi genfi perrend* 67., 68. cz. szerint megegyezőleg az 1819. évi régibb genfi perrendel az ügy mindenekelőtt szóval tárgyaltatik, az irásbeli előkészítést a bíróság csak ezen tárgyalás eredményéhez képest rendeli el s természetesen egészen elmarad, ha a per létre nem jön, egyezség, beismerés által vagy egyébként azonnal befejeztetik. L. még BELLOT: i. m. 30., 32. ll., PLÓSZ, a Terv. szerzője a perfelvételi cæsura mintáját a római formularis per *in iure* és *in iudicio* szakai közti különbségben vélte feltalálni. Ind. 37. l. Ennek helyességét itt nem akarjuk vitatni, csak

**A perbeli cselekvények elkülönítésének elve abban a tekintetben is érvényesül, hogy azon vegyes alakú pereknél melyeknél a szóbeli tárgyalás iratok útján a felek belátása szerint, a törvény vagy a biró rendelete alapján kötelezően előkészíttetik: az irásbeli előkészítés mindig más időre esik, mint a szóbeli tárgyalás. E szerint a pernek két szaka áll elő, az egyik, mely az irásbeli előkészítésből, a másik, mely a szóbeli tárgyalásból áll.**[1]

arra óhajtunk utalni, hogy vitás, vajjon a római in iure és in iudicio megkülönböztetésnek alapgondolata azonos volna a perfelvételi cæerusával. L. WACH: Die Mündlichkeit im Österreichischen Civilprocess-Entwurf. 10. l. különösen SCHULTZE: Privatrecht u. Process 228. s k. ll. Kétségtelen azonban, hogy az egyházjog és általában a középkori jogok perfelvételi cæsurát, bár egészen más alapon mint jelenleg, a perbeli cselekvények túlhajtott elkülönítése folytán ismertek. Itt ugyanis kizárólag csak a perbe bocsátkozásra mindig külön határnapot kellett kitüzni. V. ö. BRIEGLEB: i. m. 55. l.; WACH: *Handbuch* I. k. 40. l. 2. jegy. hol az olaszországi városokban alkalmazott perrend szerint, van a per menete feltüntetve.

[1] Ezen tételt a mi jogunkon, beleértve a Tervezetet, a német és az osztrák perrendet a mondottak után külön is kimutatni, fölösleges. Itt csak a *franczia perrendre* akarunk utalni és kimutatni azt, hogy ez a perbeli cselekvények elkülönítésének elve alapján minő szakokra oszlik. A franczia perrend szerint a per első szaka az, midőn az alperes a neki kézbesített kereset folytán ügyvédet (avoué) vall. 75. cz. Ez a comparation vagy constitution d'avoué, s a bíróságon kivül történik, az alperes avoué-ja által a felperes avoué-jához kézbesítendő irattal. Mihelyt az alperes avoué-t rendelt, az ügy akármelyik fél kérelmére végleg bevezettetik a tárgyalandó ügyek jegyzékébe, *mise au rôle* és ha több tanács van, az egyiknek kiosztatik, mely azt a saját külön jegyzékébe — rôle speciale, foglalja. Eddig a jegyzékben az ügy csak ideiglenesen szerepelt a felperes bejelentvén a bíróságnak azt, hogy az alperes ellen keresetet indított. Ha az alperes kellő határidőben avoué-t nem rendel, az alperes a legközelebbi ülésnapon a bíróságtól makacssági itéletet kér, de az alperes az ujabb gyakorlat szerint még akkor is rendelhet avoué-t, (rabattre le défaut), s a végleges jegyzékbe foglalás (enrôlement definitif) ezután történik meg. És ezzel tekintik a per első szakát — *de l' ajournement à la mise au rôle* befejezettnek. Ezután következik a per második szaka, melyben az ügy a felek közt közvetlenül váltandó iratok útján előkészíttetik olykép, hogy az alperes az avoué rendelésétől számítva 15 napon belül közli a felperessel védelmét — défenses, a felperes pedig, ettől 8 napra belül válaszíratot — réponse ad. 77. cz. Ez az írásbeli előkészítés azonban csak a felek belátásától függ, melynek befejeztével vagy az arra rendelt idő elteltével, akármelyik bejelenti az ügyet tárgyalásra, minek alapján a tribunal elnöke az ügyet azon ügyek jegyzékébe felveszi, melyek a legközelebbi héten tár-

A perbeli cselekvények elkülönítésének elvét a tiszta irásbeliségen nyugvó perjogok sem nélkülözik teljesen. Így nevezetesen a régebbi jogok szerint a felek bizonyító eszközeiket csak egy későbbi határidőben nevezték meg, miután a biró előzőleg egy határozatban — *bizonyítási itélet* — megállapította azt, hogy a felek melyikét terheli a bizonyítás.[1]

gyalás alá kerülnek s erről a tárgyalást szorgalmazó fél avoué-ja a másik fél avoué-ját egy iratban értesíteni tartozik *(avenir.)* 80. cz. A pernek ezt a mások szakát *de la mise en rôle à la mise en état* nevezik, melynek az a lényege, hogy az ügy kiválasztatik a nyilvántartott ügyek jegyzékéből, azért sortie du rôle-nak nevezik ezen eljárást és felvétetik azok közé, melyek legközelebb tárgyalás alá kerülnek. Ezután következik a per harmadik szaka, melyben a felek avoué-i a tribunal előtt indokolt zárindítványaikat *conclusions motivées* előadják s melyeket a tárgyalás előtt egymással magánúton is kell közölniök. A per ezen harmadik szaka *mise en état*, melynek legnagyobb jelentősége az, hogy makacssági itéletnek többé nincs helye. A most következő negyedik szakban a felek a tribunal előtt előadják élőszóval perbeszédeiket — *plaidoyer*, ha ezt tenni akarják, mely czélra a bíróság a zárindítványok előterjesztésekor vagy később *határnapot* tűz ki. A perbeszédek megtartása után, melyre nem az avoué, hanem az avocat van jogosítva, vagy ha a felek perbeszédeket nem is tartottak, az ügy itélet alá kerül. A per ezen, szerintünk negyedik utolsó szakát *de la mise en état au jugement* nevezik. V. ö. GARSONNET: i. m. II. 267—293. l. Itt még fel kell említenünk, hogy a franczia per szerkezetét *rôle rendszer*nek nevezik, mert a bíróság *a zárindítványok* előterjesztésére nem tüz ki előre egy határnapot, hanem a felek zárindítványaikat azon napon tartoznak előadni, a melyen a tárgyalásra kijelölt ügyek jegyzéke szerint az ügyre a sor kerül. Nem áll ez azonban a perbeszédek előterjesztésére, mert erre a bíróság a határnapot mindig előre kitüzi. E rendszer egyedüli előnye, hogy a bíróság munka beosztása arányos, mert nem állhat elő az, hogy valamely napon teendőkkel túl volna terhelve máskor pedig nem volna mit tárgyalnia. Egyébként azonban semmi előnye nincs. Mint látható a franczia per a perbeli cselekvények elkülönítésének elve alapján több és hozzátehetjük kelleténél több szakra feloszlik, mint a mi perünk vagy más külföldi jogok pere. Sőt még további szakokra való felosztás is előfordul annak következtében, hogy a fél *pergátló kifogásokat* hoz fel, a melyeket, a mennyiben a perakadály nem veendő hivatalból figyelembe, minden más nyilatkozatot megelőzőleg egy külön tárgyalási napon kell előadni. V. ö. GARSONNET: i. m. II. 349. s k. ll.

[1] Névszerint a német közönséges jogban, fejlődésének legutóbbi idejében, míg egyrészt az összes perbeli nyilatkozatokat, úgy azokat, a melyek a per elhárítására, mint azokat, a melyek a per érdemére vonatkoztak, az esetlegességi elv behatása folytán együttesen kellett felhozni, s így a per ezen alapon több szakra nem oszlott; addig másrészt a bíróság azt, hogy kit terhel a bizonyítás egy külön határozatban (Beweisinterlocut) mon-

## 17. §. *D)* Közvetlenség és közvetettség.

I. A per szerkezetére az a körülmény is bír befolyással, hogy a bíróság saját maga vagy pedig valamely közege által érintkezik a felekkel és vajjon önmaga szemléli meg a bizonyító eszközöket, vagy pedig ezt valamely közege teszi? E kérdés különben csak a társas bíróságoknál jöhet szóba, mert egyes bíróságoknál, a megkereséstől eltekintve, soha sem fordul elő az, hogy a bíróság valamely közege utján érintkeznék a felekkel vagy általa szemléltetné meg a bizonyítási eszközöket. Midőn a bíróság a felek előadásait önmaga hallgatja meg és midőn önmaga észleli a bizonyító eszközöket, eljárását *közvetlenségnek*, midőn pedig ezt valamely közege végzi, úgy, hogy a bíróság csak ennek előadását észleli és abból következtet, *közvetettségnek* nevezzük. A közvetlenség kettőt foglal magában, a felek előadásainak és a bizonyító eszközöknek közvetlen észlelését. Nem terjed ki azonban szükségképen mind a kettőre és ehhez képest *teljes* vagy *részleges*. Teljes, midőn a bíróság úgy a felek előadásait mint pedig a bizonyító eszközöket észleli közvetlenül; részleges, midőn az csak az egyikre vagy másikra terjed ki.

A közvetettség a tiszta irásbeliséggel jár, a tiszta irásbeli perben az észlelés rendszerint közvetett; ellenben a vegyes alakú pereknél teljesen vagy részben a közvetlenség érvényesül, a szerint, a mint a szóbeli előadások nagyobb vagy kisebb szerepet játszanak. Téves volna azonban azt állitani, hogy a tisztán irásbeli per fogalmilag is közvetett, a vegyes alakú perek pedig közvetlenek, a mint ez az alábbiakból ki fog tűnni. A mi rendes perünk, részint

dotta ki, minek alapján a pernek ujabb szakai kezdődtek. Nevezetesen a felek megnevezték bizonyító eszközeiket, minek után a bíróság elrendelte a bizonyítást azon bizonyító eszközök által, melyeket fontosaknak tartott (Relevanzbescheid). Ezután a bíróság az ügy érdemében itélt és ha itéletben esküt itélt, következett a per utolsó szaka, mely az eskü letételéből és ennek alapján az ügy érdemében végitélet meghozatalából állott. Wetzel: i. m. 975. l. A bizonyítási itélet előtti szaka a pernek volt a *pars praeparatoria*, az azt követő, a *pars probatoria*. Ezt a kettéosztást a *hannoverai perrend* 215., 216. §§. is fentartotta, l. Leonhardt: i. munkáját — és kétségkívül a régi german perjog (v. ö. Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II. 211. s k. ll.) maradványainak tekintendő. A mi jogunk azonban a pernek szakokra felosztását ezen az alapon nem ismerte, valamint az egyházjog sem. L. Gross: Die Beweistheorie im canonischen Process II. k. 1880.

a törvény, részint a gyakorlat szerint teljesen közvetett. Mindenekelőtt a felek periratait nem adják át magának az itélő tanácsnak, hanem az ő közegének, a *pertárnoknak* (T. 130., 141. §§.); továbbá a tanács rendszerint nem észleli a felek iratait, ezeket csak a tanács egyik tagja, *az előadó* olvassa, a tanács csak ennek szóbeli előadását hallgatja meg és annak alapján következtet (Ü. sz. 153—167., 175., 176. §§.). A bizonyító eszközöket is a tanács *kiküldött tagja* figyeli meg, névszerint ő hallgatja ki a tanúkat és észleli a szemletárgyakat (Ü. sz. 256., 257. §§.), a tanács pedig csak az ő jelentését észleli és abból következtet. A T. azonban a közvetettséget, a bizonyító eszközök megfigyelése tekintetében nem rendeli el, sőt a szemletárgyak tekintetében a közvetlen megfigyelést kifejezetten megengedi. (214. §.) A S. E. szerint a febbezési bíróság, a Terv. szerint pedig az első fokú társasbíróság is a felek szóbeli előadásait közvetlenül hallgatja meg és közvetlenül is figyeli meg a bizonyító eszközöket. Mind a két irányban azonban vannak kivételek. Nevezetesen a felebbezésnek nyilvános előadása esetében, a bíróság első sorban az *előadó* előterjesztését hallgatja meg és abból következtet; az előadó után a felek is meghallgathatók, de ez nem lényeges. (S. E. 174. §.) Ugyanez áll a felülvizsgálati eljárásra is (S. E. 195., 211. §§.; Terv. 560., 577. §§.). A S. E. szerint a felebbezési eljárásban, a Terv. szerint a törvényszék előtti eljárásban is a bizonyító eszközök megfigyelése kivételesen közvetett, midőn a közvetlen megfigyelés, általában kifejezve tetemes nehézséggel járna. (S. E. 157. §.; Terv. 283., 298., 350., 384. §§.)

II. A közvetlenséget a sokat félreértett szóbeliség mellett, a helyesen megszerkesztett per egyik elengedhetlen kelléke gyanánt szokás tekinteni,[1] bár az iránt, hogy az milyen értelemben veendő, a fogalmak nem épen tiszták. És nem is szenved kétséget, hogy a teljes közvetlenség az elbirálandó tények helyes felismerésének legnagyobb biztosítéka. Mert a mint általában a saját érzékeink által észlelt tényekről mindig teljesebb ismerettel birunk, mint ha azokat csak mások előadásából ismerjük: úgy a bíróság is jobban ismeri fel a per anyagát saját érzéki megfigyeléséből, mint ha arról csak valamely közegének előadásából értesül. Innen van, hogy ma a teljes közvetlenség a szabály, melytől egyik vagy másik vagy

[1] Nálunk is, a jogászkörök állandó és osztatlan véleménye szerint ezt tekintik minden perjogi reform egyik sarkalatos elve gyanánt. L. pl. az első jogászgyülés elvi kijelentését. Évkönyv 327. l.

esetleg mindkét irányban csak különös czélszerűségi okoknál fogva térnek el.[1]

A közvetlenség, illetve a közvetettség a per szerkezetét annyiban befolyásolja, hogy a közvetlenség mellett a per anyagának, a felek cselekvényeinek és a bizonyító eszközöknek *észlelése* és az azokból való *következtetés nem esnek különböző időre,* legalább nem szükségképen; ellenben a közvetettség mellett e két tény mulhatlanul más-más időre esik, mert az nem lehetséges, hogy azon időben, midőn a bíróság közege észlel, a bíróság is ugyanakkor e közeg jelentését meghallgassa. Ez oknál fogva a közvetettség alapján a pernek két szaka különböztetendő meg, az egyik az, melyben a bíróság közege észlel, a másik, melyben a bíróság e közeg előadását meghallgatja s abból következtet. Ennek tulajdonítandó, hogy mig a tiszta irásbeli perek az eshetőségi elv alapján a felek perbeli cselekvényeinek előadása tekintetében szakokra való felosztást nem ismernek: azoknak s a bizonyító eszközöknek észlelése s az azokból való következtetés szempontjából több szakra oszlanak. A vegyes alakú pereknél a dolog inkább fordítva áll.[2]

[1] A *német perrend* is a teljes közvetlenséget, mint szabályt követi és azt még szélesebb körben alkalmazza, mint a mi jogunk. A szerint ugyanis a bíróság a felek előadásairól kivétel nélkül minden fokon közvetlenül értesül, mindig a tanácsülésben hallgatván meg a felek szóbeli előterjesztéseit. V. ö. 119. §. Az *osztrák perrend* is a teljes közvetlenséget szabálynak tekinti, de alóla még több kivételt tesz, mint a mi jogunk. Nevezetesen a bizonyítás felvétel kiküldött biró előtt több esetben fordul elő. 276., 283. §§. A felek a felebbezési eljárásban lemondhatnak a szóbeli tárgyalásról, midőn a bíróság kizárólag a tanács egy tagjának előadása alapján itél. 486., 492. §§. A felülvizsgálati kérelem elintézése pedig rendszerint a felek beleegyezésén kívül is, az ő meghallgatásuk nélkül, az előadó előterjesztése alapján történik. 509. §. A *franczia perrend* szerint a tanács a felek előadásait szabályként közvetlenül hallgatja meg, de a bizonyításfelvétel rendesen közvetett. Ez rendszerint a pernek egyik alszakát (incident) képezi, melynek folyamán a bíróság kiküldöttje (juge commissaire) a tanukat meghallgatja (enquête) és foganatosítja a szemlét (descente sur les lieux). Ellenben a fél, a neki megitélt esküt rendszerint a tanács ülésében teszi le.

[2] Régebbi perjogunkban az irásbeliség daczára a teljes közvetettség nem volt elfogadva, mert a bizonyító eszközöket *közvetlenül* az itélő társasbíróság figyelte meg, nevezetesen megtekintette a szemletárgyakat, kihallgatta a tanukat és eskette meg a feleket. Frank: i. m. II. 166., 177., 184., 221. ll. A közvetettség annyiban érvényesült, hogy a tanácsban a a felek periratai alapján az ügyet *az előadó* terjesztette elő. Frank: i. m.

## 18. §. Rendes és kivételes szerkezetű perek. Különösen a kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása.

I. A legtöbb perjogban rendszerint nem egy, hanem többféle szerkezetű per van, melyek az előző §-ban megismertetett szempontok szerint vannak különbözőképen összeállítva. E perek egymáshoz rendszerint úgy viszonylanak, mint szabály és kivétel, melyek közül az egyik általában minden ügyre nézve nyer alkalmazást, hacsak a törvény mást nem rendel, a másik, illetve a többiek csak azon ügyekben való eljárásra vonatkoznak, melyekben ez kifejezetten ki van mondva. Helyes tehát az előbbieket *rendes*, az utóbbiakat *kivételes* szerkezetű pereknek tekinteni.

Valamely eljárás, annak meghatározása iránt, hogy mi legyen a felek cselekvése egy bizonyos magánjogi jogviszonyra vonatkozólag, csak akkor *polgári per*, ha az egyrészt a rendelkezési és tárgyalási elven, másrészt a kölcsönös meghallgatás elvén épül föl. A polgári per összes szabályai ezen elvek feltételezéséből vannak megalkotva, annak egész berendezése ama elvektől függ. Ennélfogva nem per az az eljárás, melyben ama elvek valamelyike hiányzik. Ezt kiemelni a kellő megkülönböztetés czéljából annál szükségesebb, mert tényleg ilyen eljárások léteznek. Névszerint előfordul az, hogy az állam egyes esetekben a felek akarta nélkül, habár az ő meghallgatásuk után kideríttetni, hogy köztük valamely jogviszony fennáll-e vagy sem; másrészt pedig előfordul az is, hogy az állam az egyik fél kérelmére, de a másik meghallgatása nélkül határozza meg, mit köteles az utóbbi tenni az előbbi javára, egy köztük fennálló jogviszony alapján.[1] Ezek folytán arról, hogy valamely

II. 139. l. A közönséges német perjog szerint a per teljesen közvetett volt. A felek periratait az előadó terjesztette elő, a bizonyításfelvétel pedig a bíróság kiküldöttje által történt. WETZEL: i. m. 880., 973. ll.

[1] Az előbbi oknál fogva nem tekinthetjük polgári pernek, valamely *házassági megsemmisitése* iránti eljárást, miután azt az állam a kir. ügyész által, hivatalból is megindítatja. 1894 : XXXI. t.-cz. 47. §. A házasság megsemmisitése iránti per tehát fogalmilag is különbözik a többi házassági perektől. Az utóbbi oknál fogva nem esik a per fogalma alá az, midőn az állam az egyik fél kérelmére a másik meghallgatása nélkül közjegyzői okirat alapján 1874 : XXXV. t.-cz. 111. §. kielégítési végrehajtást rendel el; midőn a bíróság a K. T. 305. §-a alapján az elzálogositott ingók elárverezését elrendeli, a nélkül, hogy előzőleg a másik felet meghallgatná stb.

per mennyiben kivételes szerkezetű, mindig csak annak feltételezése mellett lehet szó, hogy ama elvek benne együttesen meg vannak ugyan. de berendezése a részletekben a rendes per szerkezetétől eltérő. Ez az eltérés csak két és egymástól lényegesen eltérő irányban állhat fenn. Egyrészt a kölcsönös meghallgatás elvének nem ugyan kiküszöbölésében, de *korlátozásában*, másrészt pedig más, a per szerkezetére kiható tényezőkben, melyeket az előző §§-ban megismertettünk.

II. A kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása kettőben nyilvánul. Egyrészt abban, hogy a törvény nem engedi meg, hogy az alperes bárminő nyilatkozatot hozhasson fel védelmére a felperes azon keresetével szemben, a melyet a felperes már a benyujtáskor vagy bizonyos rövid idő mulva bebizonyított. Nevezetesen nem engedi meg azt, hogy kifogásainak bizonyitására oly *bizonyító eszközökkel* éljen, a melyek útján a *bizonyítás hosszu időt vesz igénybe* vagy pedig nem engedi meg oly *jogosítványoknak* kifogás utján való érvényesítését, a melyek a felperes jogositványának érvényesítését kizárják. Az alperes meghallgatása tehát csak könnyen bebizonyítható kifogásoknak vagy épen csak bizonyos nemű kifogások felhozatalára szorítkozik. S ebben nyilvánul a per kivételes szerkezete, szabályként ugyanis meglévén engedve az, hogy valamint a felperes mindent felhozhat kérelmének támogatására, épügy az alperesnek is mindent lehet felhoznia a kérelem teljesítése ellen. Másrészt nyilvánul amaz elv korlátozása abban, hogy a törvény a vesztes félnek nem engedi meg a perorvoslatok használatát általában, vagy csak bizonyos perorvoslatokat. Ezen kettős korlátozás alapján az ügy elintézése vagy ideiglenes vagy pedig végleges.

Történetileg nevezetesebb szerephez jutott az ügy ideiglenes elintézése a kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása alapján. Ilyen perek már a római jogban is voltak ismeretesek s azokat a források *summatim cognoscere* névvel jelölik. Innen a középkori jogokba is átvétettek és kitünő eszköznek bizonyultak a hosszadalmas perlekedés leküzdésére. Sőt itt ezek alapján oly eljárások fejlődtek ki, melyek többé már nem is per, hanem perenkivüli, illetve végrehajtási eljárás. Nevezetesen kifejlődött az az eljárás, melynek folytán végrehajthatóknak elismert okiratok (instrumenta executoria, guarentigiata pub.) alapján a bíróság az alperes ellen fizetési meghagyást bocsátott ki, a nélkül, hogy őt előzőleg meghallgatta.

volna, erre neki csak a parancs kibocsátása után nyujtván alkalmat. Továbbá a bíróság az alperes ellen, előzetes meghallgatása nélkül biztosítási végrehajtást vagy zárlatot rendelt el és foganatosított, ha ez a felperes érdekének megóvására a per lebonyolításáig szükségesnek mutatkozott. Azonban ezen két eset közül egyik sem per, ámbár azokat attól, a melyben az alperes csak korlátoltan hallgattatik meg, csak egy lépés választja el. Majdnem észrevétlenül történik az átmenet attól az esettől, midőn az alperest csak korlátolt meghallgatás után kötelezik fizetésre, ahhoz, midőn a fizetésre való kötelezés, illetve a végrehajtás e nélkül következik be. Ez az oka annak, hogy ezt a két esetet a korlátolt meghallgatás esetével egy fogalom alá vonják, a mi csak növeli azt a zavart, a mely ezen per fogalma tekintetében fenforog. Fokozza ezt még az is, hogy ezen eseteket még sok más esettel közösen a középkortól kezdve egy névvel, a *sommás per* nevével jelölték.[1] Minden eset-

[1] Az alperes korlátolt meghallgatásával elintézett pereknek más perektől való megkülönböztetése, Briegleb, a legélesebb eszü német perjogi iró érdeme. L. többször idézett munkáját. Szerintünk azonban ő abban téved, hogy azon eseteket is, midőn az alperes előzetes meghallgatása nélkül egyrészt okirat alapján fizetési parancs bocsáttatik ki, az u. n. *Mandatsprocess*, másrészt pedig biztosítási végrehajtás vagy zárlat vezettetik az u. n. *Arrestprocess:* épúgy tekinti igazi pereknek, mint azt az esetet, midőn a biró az alperes előzetes, habár korlátolt meghallgatása után határoz. Ez különben a legtöbb iró hibája, kik e kérdéssel foglalkoznak. L. Bayer: Theorie der summarischen Processe; Wach: Der Arrest-Process in seiner geschichtlichen Entwicklung, de ez mégis kiemeli, hogy a biztosítási végrehajtás, illetve zárlat elrendelése az alperes előzetes meghallgatása nélkül extraiudicialis, perenkívüli határozat. 131., 166. ll.; Stein: Der Urkunden und Wechselprocess. De itt még más kérdésekre nézve is vannak eltérések. Nevezetesen, vajjon a perben, a melyben az alperes korlátoltan meghallgattatik, a felperesnek *teljes bizonyítékot* kell szolgáltatnia, vagy pedig csak *valószinűsitenie* kell-e jogosítványát? Briegleb: i. m. 375. s k. ll. a régibb nézettel szemben az előbbit vitatja, Wach: Arrestprocess 137. s k. ll. egy közvetitő álláspontot foglal el. Az is kétes, hogy melyik az a bizonyító eszköz, a mely az alperes részéről, kifogásának bizonyítására a czélnak megfelelően felhasználható? Általában el volt ismerve, hogy valamint a felperes csak akkor tarthat igényt erre a kivételes eljárásra, ha jogosítványát, be nem várva az alperes tagadását, azonnal bebizonyítja, *liquiddé* teszi, épúgy az alperes is csak oly kifogásokkal élhet, melyeket *gyors bizonyítás* által lehet liquiddé tenni. Így fejlődött ki az a tétel, hogy midőn a felperes okirattal bizonyitott, az alperes is kifogását csak okirattal bizonyíthatja. Ebből ismét felállí-

ben, midőn az ügy az alperes korlátolt meghallgatása mellett intéztetett el, meg volt engedve, hogy a hozott határozatot egy új perben megtámadja, mely azonban egészen rendes szerkezetű per volt. Midőn pedig a bíróság az alperes előzetes meghallgatása nélkül fizetési meghagyást bocsátott ki, illetve biztosítási végrehajtást vagy zárlatot rendelt el: majd az volt szokásban, hogy az alperes ellenvetései folytán azonnal a főper indult meg a felperes jogosítványa tárgyában, majd pedig és úgy látszik általánosabban az, hogy előzőleg az alperes korlátolt meghallgatásával az előzetes birói intézkedés jogossága lett elbirálva és csak azután indult meg a rendes szerkezetű per a felperes jogosítványa felől.

Ma, midőn a peres eljárás sokkal tökéletesebb, mint volt előbb, a kivételes szerkezetű per fentartására az alperes korlátolt meghallgatásával, sokkal kevesebb az ok. Értjük ez alatt az alperes olyan korlátolt meghallgatását, mint az a középkorban kifejlődött, hogy a határozat hozatala után megindítható a teljes szerkezetű per. A mi jogunk szerint ez csak két esetben fordul elő. Az egyik a gyakorlati jelentőséggel nem biró *vásári biráskodás* esete. Ezen eljárás alá tartozó ügyekben a bizonyítás felvétele ugyan nincs korlátolva, hanem a vásári bíróság itéletével meg nem elégedő félnek, minden perorvoslat bizárásával csak a rendes peruton lehet fellépnie (T. 494. §.). A másik ide tartozó eset a határjárási, mesgyeigazítási és sommás visszahelyezési perek esete, melyekben kizárólag a tényleges birtoklás lévén eldöntendő, az ingatlan tulajdonjoga iránti kérdés nem vitatható. Ebből következik, hogy egyrészt a felperes a sommás birtokperben az ingatlan tulajdonjoga iránt keresetet elő nem terjeszthet, mint ezt a törvény is mondja (S. E. 1. §. 5. m., Terv. 3. §. 2. f.), márészt pedig és ez az, a mi itt leginkább érdekel, hogy az alperes az ingatlan tulajdonjogára sem kifogásképen nem hivatkozhatik, sem e részben viszonkeresetet nem indíthat, ezek csak egy ujabb pernek képezhetvén tárgyát.

Az a czél, melyet az ilyen ideiglenes elintézést eredményező perekkel el akarnak érni, felperes jogának gyors érvényesítését, sokkal biztosabban lehet elérni más úton; nevezetesen az

tották azt a tételt, hogy az alperes részéről csak az okirat által való bizonyítás, gyors bizonyítás (Schleuniger Beweis). Ez azonban heves ellenzésre talált, mert sokan más bizonyító eszközöket is tartottak az alperes részéről a gyors bizonyításra alkalmasaknak. V. ö. Briegleb: i. m. 304. s k. ll. Stein: fentebb i. m. 144. s k. ll.

alperes, sőt a felperesnek korlátolt meghallgatásával ugyan, de mégis úgy, hogy a döntés *végleges* legyen. Az ilyen, kétségkivül szintén kivételes szerkezetü perekre, mert a félnek nem engedtetik meg, minden szükségesnek mutatkozó bizonyító eszközt felhasználni, a mi jogunkban is több példát találunk.[1] A korlátolt meghallgatás ezen szempontja alá esnek azok az esetek is, midőn a félnek nem engedtetnek meg az összes perorvoslatok, melyeket különben igénybe vehet.[2] Hangsúlyoznunk kell azonban, hogy ezen perek a felek korlátolt meghallgatásával, lényegesen különböznek azon perektől, melyekben az alperes csak egyelőre hallgattatván meg korlátoltan, a bíróság csak ideiglenes határozatot hoz s melyeknek a mai jogokban legjellemzőbb alakját, a német *okiratos per* képezi.[3] Végül meg kell jegyeznünk, hogy nem forog fenn

[1] Így az 1881 : LX. t.-cz. 95. §-a szerint az igénylő felperes az igényperben csak oly tanukra hivatkozhatik, kik a bíróság területén laknak vagy a kiket e czélból legalább 8 és legfeljebb 15 napra kitüzendő tárgyalásra előállít. Hasonló korlátozás a tanukihallgatás tekintetében Vál. Elj. 25. §. A váltóeljárás alá tartozó perekben továbbá nincs helye alkeresetnek közös okirat kiadása iránt. 25. §.; nincs helye felfedező eskünek, főeskü pedig a tulajdonképeni váltóperekben, csak a felek beleegyezésével foglal helyt. 26. §. A Terv. szerint pedig bérleti viszonyok megszüntetése iránti perekben, olyan bizonyítás, melynek felvétele előre láthatólag 8 nap alatt meg nem történhetik, az ellenfél kérelmére visszautasítandó. (639. §.)

[2] Így igényperekben nincs helye igazolásnak, perujításnak és felülvizsgálatnak a harmadbirósághoz, midőn a másodbíróság az első fokú birósági itéletet helybenhagyta. V. T. 97. §.; S. E. 229. §.[2] A Terv. szerint pedig fizetési meghagyásos perben okiratok alapján és bérleti viszonyok megszüntetése iránti perben a megjelenés elmulasztása miatt hozott itélet ellen nincs megengedve az *ellenmondás* (691. §.[3], 641. §.), Egyéb korlátozásokra nézve l. 48. §-t.

[3] A német perrend okiratos pere a középkori sommás perek egyik maradványa. E per lényegét az képezi, hogy midőn a felperes bizonyos pénzösszegnek, helyettesíthető dolgoknak vagy értékpapiroknak szolgáltatására irányuló jogosítványát a keresetben *okirattal* bizonyítja, a bíróság az ügy tárgyalására határnapot tűz ki, melyen csak okiratok és főeskü által való bizonyításnak van helye; továbbá az, hogy ha az alperes e perben *ellenmond*, a bíróságnak az őt elmarasztaló határozatban az alperes részére fenn kell tartania azt, hogy védelmét a rendes eljárásban a felperes ellen előterjeszthesse, minek következtében az okiratos per a rendes perbe megy át. 555—567. §. A német okiratos per ellen sok a kifogás. V. ö. Stein: Urkunden und Wechselprocess. 139. s k. ll. Seuffert: Kommentar zur Civilprocessordnung 735. l. A Terv. e tekintetben nem

**a felek meghallgatásának korlátozása, midőn a bíróság pervezető hatalmánál fogva az ügyet teljesen kiderítve látván, a tárgyalást berekeszti vagy pedig czélra nem vezető vagy az eljárást késleltő**

is követi a német perrendet, hanem az okiratos per helyett szabályozza a *fizetési meghagyásos eljárást okiratok* alapján, melynek értelmében a bíróság az egyik fél kérelmére *bizonyos meghatározott* okiratok alapján a másik ellen *fizetési meghagyást* bocsát ki, melynek, ha ez ellenmond, az eljárás a felek közt perbe megy át. 609—630. §. Hasonló az eljárás a bérleti viszony megszüntetése iránt is. 631—643. §. A lényegre megegyezik a Terv.-tel az *osztrák perrend* is. 548—576. §. Előttünk is kétségtelen, hogy sokkal czélszerübb a felperes érdekeinek biztosítására mindjárt a fizetési meghagyást kibocsátani, mint az ideiglenes elintézést czélzó pert folyamatba tenni. Ez egyébiránt a jelenlegi jognak is megfelel. Váltóperekben az eljárás a felperes választása szerint fizetési meghagyás «*sommás végzés*» kibocsátásával kezdődik, mely perbe megy át, ha az alperes «*kifogásokkal*» él. V. E. 14—23. §. Továbbá az 1893 : XIX. t.-cz. értelmében a fél kérelmére pénzösszeg fizetésére, határozott mennyiségű helyettesíthető dolgok vagy értékpapirok szolgáltatása iránti követeléseknél, a mennyiben ez járulékok nélkül 1000 koronát meg nem halad, *fizetési meghagyás* kibocsátásának van helye, habár a követelés nem is alapszik *okiraton*. Ha az ellenfél a meghagyásnak ellenmond, akármelyik fél kérelmére az eljárás perré alakul át. L. még a Terv. indokolását is. 281. l. — Más kérdés az, nem volna-e czélszerü ezen eljárások mellett vagy azok helyett oly eljárást behozni, midőn a felperes érdekében gyors intézkedésre van szükség, mint a minő a franczia *référé*. Ez abból áll, hogy bármely ügyben, melyben a gyors birói intézkedés elkerülhetetlenül szükséges vagy midőn valamely végrehajtási ügyben merülnek fel nehézségek, az első fokú társasbíróság — tribunal — *elnöke* mind a két fél meghallgatásával *ideiglenesen* határoz, azaz a nélkül, hogy ez az ügynek a rendes perben való elbirálását kizárná, de a határozat azonnal végrehajtható. Ezen perben a bizonyító eszközök minden korlátozás nélkül használhatók, de bizonyos perorvoslatok, mint ellenmondás (opposition), a requête civile és a pourvoi en cassation ki vannak zárva. Franczia perr. 806—811. cz. V. ö. még Garsonné : i. m. VII. k. 258—315. l. A référé nem azonos a középkori sommás per fentebb ismertetett alakjával, mert az alperes részéről a bizonyítás tekintetében semmi korlátozást sem állít fel. De megegyezik vele abban, hogy a birói határozat csak ideiglenes, mert egy újabb perben a kérdés újból tárgyalható. Azonban mégis kivételes szerkezetű, mert a felek korlátolt meghallgatásán alapszik annyiban, hogy bizonyos perorvoslatok ki vannak zárva. A référé rendszer mellett lelkesen szállt sikra Emmer Kornél. Értekezése : A référérendszer s magyar alkalmazása. Magyar Jogászegy. Értekezések IV. k. 2. füzet. A franczia írók magasztalással szólnak róla, l. pl. Bordeaux: Philosophie de procédure civile 586. s k. ll. Másutt azonban nem igen lelkesednek érte, s nagyon kétes, vajjon behozatala nálunk üdvös eredményekkel járna-e?

bizonyító eszközöknek használatát, midőn az ügy más alkalmasabb bizonyító eszközök utján volna kideríthető, kizárja. Mert a kölcsön meghallgatás elve a perben nem jelentheti azt, hogy a fél oly bizonyító eszközöket is használhasson, a melyekre semmi szükség nincs vagy az ügy elintézését csak késleltetik.

## 19. §. Kivételes szerkezetü perek más elvektől való eltérés alapján.

I. Kivételes szerkezetű perek behozatalának czélja a kölcsön meghallgatás elvének megszorítása mellett, a felperes jogosítványának *gyors* érvényesitése volt és még ma is az. Ugyanezen czél elérésére a multban más kivételes szerkezetü perek is szolgáltak, a melyekben a kölcsönös meghallgatás elve nem szenvedett ugyan csorbát, hanem a per lefolyását más kivételes intézkedésekkel törekedtek siettetni. Ennek megértésére tudnunk kell, hogy a középkori perlekedés már a per szerkezeténél fogyva is rendkívül hosszadalmas volt. Úgy az egyházi, mint a világi biróságok gyakorlatából az a perszerkezet fejlődött ki, melynél fogva a biróságnak az egyes perbeli cselekvények végzésére külön-külön határnapokat kellett kitűzni, minek következtében a perbeli cselekvények túlságos elkülönítése állott elő. Ezen perszerkezet mellett a per lebonyolítására már a törvény értelmében is egyes helyeken tizenöt, másutt még ennél több határnap is kellett. E határnapokat a per *alapos* elbirálása czéljából a biróságnak szigorúan be kellett tartania, azokat összevonni nem lévén megengedve. Ez okból azokat a német gyakorlatban *Substantial-Termine* névvel jelölték. A perek végtelen hosszúsága, mely ezen perszerkezet mellett előállott, az egyes olasz városokat egyszerűbb szerkezetű perek behozatalára indította, s a példát az egyház is követte. V. Clemens pápa (1306) foglalta össze a per gyorsabb lebonyolítására irányuló rendelkezéseket egy constitutioban, melyet *Clementina Saepe*-nak szokás nevezni s melyben egy ujabb szerkezetű pernek az alapjait vetette meg. E constitutionak a szóban levő kérdésre vonatkozólag az a nevezetes rendelkezése van, hogy a birónak a törvény értelmében kitüzendő határnapokat nem kellett többé betartania, hanem azokat belátása szerint összevonhatta, meghagyván a feleknek, hogy nyilatkozataikat együttesen hozzák fel.[1]

[1] . . . *amputet dilationum materiam, litem quanto poterit, faciat breviorem*, exceptiones, appellationes dilatorias et frustatorias repellendo,

Ez a perszerkezet kezdetben csak kivételes volt, melynek csak azon ügyekben volt helye, melyeket egy másik constitutio *Clem. dispendiosam*[1] megjelölt. Utóbb azonban általánossá lett, és szabályként követték. Mindazáltal a Clem. Saepe perét az irók a legujabb időig a kivételes perek közt sorolták fel s azt a *sommás perek* további alakjának tekintették, a mi igen sok zavarnak volt a forrása.[2] A mi jogunkra, s ez perlekedési viszonyainkra rendkivül jellemző, a Clem. Saepe-nek semmi kihatása sem volt, sőt még egyházi bíróságaink eljárására sem. A per a perbeli cselekvények szigorú elkülönítése mellett számos határnapon folyt le az eshetőségi elv teljes kizárásával. Csak birtokháborítási ügyekben ismertek törvényeink kivételes szerkezetű pert a kölcsönös meghallgatás elvének kórlátozásával és a perbeli cselekvényeknek kevesebb határnapra való összevonásával.[3]

partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superfluam multitudinem refrenando. C. ult. (2) Clement. De verborum significatione V. 11.

[1] C. 2. Clem. De iudiciis (II. 1.).

[2] Az írók a *sommás pereknek* két csoportját, az *indeterminált* és a *determinált* sommás pereket különböztetik meg. Az előbbiek közé sorolják több más perrel együtt a Clem sæpe perét, az utóbbiak közé azon eljárásokat, melyeket az előző §-ban kifejtettünk. A fogalomzavart Briegleb i. m. oszlatta el, a ki szerint a sommás perek közé csak azon eljárások tartoznak, melyekben az alperes egyáltalában nem vagy korlátoltan hallgattatik meg, mert csak ezek szerkezete kivételes. De nem tartoznak közéjük azok, a melyekben a kölcsönös meghallgatás korlátozása nélkül vannak a per lefolyását gyorsító szabályok. Ez a korlátozás azonban nem helyes, mint ez az alábbiakból ki fog tünni. De annyi kétségtelen, hogy a sommás per elnevezés, miután alája sok össze nem tartozó fogalmat foglalnak, perjogilag értéktelen. Az ujabb jogok közül a *franczia* perrendben még meg van (l. ez ellen Bordeaux: i. m. 434. s k. ll.); de már az 1819. évi *genfi perrend* czélzatosan mellőzi. L. e részben Bellot indokolását 30. l. Hasonlóképen mellőzik a *német* és az *osztrák perrend*, valamint a Terv. is. Jelenlegi jogunkban még meg van. Erről alább. Itt még csak azt jegyezzük meg, hogy a Clem. Sæpe a sommás per elnevezést nem használja, hanem az általa szabályozott eljárást processus *de plano ac sine strepitu et figura iudicii*nek nevezi, mely kifejezések a római forráshelyeken is előfordulnak.

[3] Még Kitonich idejében a per körülbelül a következő határnapokon folyt le. *Első* határnap szolgált az alperes kikiáltására és a kereset átvételére, a *második* a peralapítást kizáró kifogások előadására; a *harmadik* e kifogások elvetése után a perbebocsátkozásra. A következő *negyedik* határnap a perbebocsátkozásra szolgált. Ezután következett az *ötödik* határnap a

Ma, midőn minden ügynél a gyors elintézés egyaránt czél gyanánt szerepel, a gyorsaság többé nem ok kivételes szerkezetű perek behozatalára a kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása nélkül. Midőn a jelenlegi jogok, a nélkül, hogy a kölcsönös meghallgatás elvét megszorítanák, a rendes per szerkezetétől eltérő kivételes szerkezetű pereket szabályoznak, ezt jobbára nem a gyorsaság okából, hanem, két más okból teszik: egyrészt, mert bizonyos *csekélyebb értékű ügyek* a rendes per költségeit el nem bírják, másrészt pedig, mert bizonyos *bonyolultabb természetü ügyek* a szabályt képező eljárás szerint nem bírálhatók el.

Jelenlegi jogunk szerint a szabályt képező eljárás a *rendes* a kivételes, a *sommás eljárás*. A kettő közt a különbség azon főszemponton nyugszik, hogy kisebb ügyek, melyeknek értéke járulékok nélkül az 1000 koronát nem haladja meg, a rendes per költségeit nem bírják el, azért azok egy egyszerűbb eljárásra utasítandók. Ezen egyszerübb eljárás kivételes jellege azonban kevésbé tűnik szembe, mert az értékhatár igen magas, sokkal magasabb mint külföldön; másfelől pedig, mert sok ügy az értékre való tekintet nélkül tartozik alája. (S. E. 1. §. Terv. 3. §.) Mind a kettő, különösen jelenlegi viszonyaink mellett nagyon idokolt, de azért ez a kiindulási pont helyességén nem változtat. A szerkezeti eltérések pedig eltekintve attól, hogy a rendes eljárás szerint első fokúlag a törvényszékek, a sommás eljárás szerint pedig a járásbíróságok itélnek, a következők: a sommás per határnapos, teljesen közvetlen és nem ismeri az együttesség elvét. Ezek a szerkezeti eltérések csak folyományai annak, hogy a rendes perben a felek perbeli cselekvényeinek alakja tisztán irásbeli, ellenben a sommás perben vegyes, habár a tiszta irásbeliség a határidőket, együttes-

bizonyításra, a hatodik a bizonyítás fölötti észrevételezésre, a hetedik az itélet kihirdetésére. E határnapok száma legtöbbször az egyes perbeli cselekvények ellen való tiltakozások (prohibita), és halasztások folytán még tetemesen gyarapodott. Kitonich: Directio methodica 294. s k. ll. Szerinte azonban a pernek tizenkét szaka (gradus processus) volt. Az eltérés onnan van, hogy ő más alapból indul ki és még az itélethozatal utáni eljárást is figyelembe veszi, holott mi csak az első fokú bíróság itéletéig terjedő eljárást az itélet hozataláig tartottuk szem előtt. — Az egyházi bíróságaink előtti pernek Kitonich: i. m. 309. l. tizenkét, ellenben Khlósz: Praxis seu Forma processualis fori spiritualis in Mariano-Apostolico Hungariæ Regno usu recepta, Nagyszombat, 1794. — helyesebb osztályozása szerint négy, illetve öt szaka (gradus) volt.

séget és közvetettséget, a vegyes alakú perek az előbb említett szempontokat nem mindig érvényesítik a per szerkezetében. Jelenlegi jogunkban ezek így egészben véve következetesen vannak keresztülvive. De a multban ez sem nálunk, sem másut nem volt így (l. az előző §§-t). Az ügyek csekély értékének szempontja úgy nálunk mint másutt, még egy további kivételes szerkezetű per behozatalára vezetett. Ez a mi jogunk szerint *a községi biráskodás*, mely alá számos oly ügy tartozik, a melyek értéke járulékok nélkül a 20 forintot nem haladja meg (1877: XXII. t.-cz.; S. E. 224. §.). Ennek szerkezete azonban nem a fentebbi szempontok tekintetében különbözik a sommás pertől, hanem, mint kifejtettük, a kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása tekintetben, lévén ott a perorvoslatok csak szük körben megengedve, egyes bizonyító eszközök pedig ki lévén zárva.[1]

A Terv. is a csekélyebb ügyekre való tekintettel az eljárás szerkezetében különbségeket tesz, de egészen más alapon mint jelenlegi jogunk. Megkülönbözteti a *törvényszéki* és *járásbirósági* eljárást, mely utóbbi, mint már érintettük, az 1000 koronán aluli ügyekben foglal helyt és bizonyos más ügyekben, melyek az értékre való tekintet nélkül vannak a járásbiróság hatáskörébe utalva. A szerkezeti eltérés pedig a perbeli cselekvények elkülönítésének

[1] Az az eljárás, a mely jelenlegi jogunk szerint (1893 : XVIII. t.-cz.) a sommás eljárás nevével jelöltetik, annyiban emlékeztet azon eljárásokra, melyeket a középkortól kezdve így neveznek, hogy berendezésénél fogva arra van számítva, hogy a per gyorsabban fejeztessék be, miután már magában véve az ügy csekélyebb értéke is ezt szükségessé teszi. Régibb jogunkban, is előfordul a sommás eljárás elnevezés (via summaria), mely alatt birtokháborítási ügyekben a rendesnél gyorsabb eljárást értettek. 1802 : 23. t.-cz. 1. §.; 1807 : 13. t.-cz. 5. §. Frank: i. m. II. k. 75. l. is használja a sommás eljárás kifejezést, alatta a *rendkivüli, gyors* eljárást értvén, ellentétben a *rendszerü, óvatos* eljárással. Ama elnevezés alá pedig ő a birtokháboritási pereket és az 1836 : 18. t.-cz. által szabályozott vásári, valamint az 1836 : 20. t.-cz. által szabályozott szóbeli eljárást foglalja (338., 627. s k. ll.), habár ezen utóbbi törvények nem használják a kifejezést. A sommás eljárás kifejezést törvényeink közül más értelemben, mint a fentebbiek, használja az 1840 : 15. t.-cz. II. r. 5. f., értvén alatta a *fizetési meghagyásos* eljárást váltók alapján, melyet egészben véve a jelenlegi jogunkkal megegyezően szabályoz. Ez eljárás azonban a helyes perjogi fogalmak szerint nem per; a mi jogunkban pedig a legelső eset, midőn a hitelező kérelmére a biróság az adóst fizetésre kötelezi, a nélkül, hogy *őt előzetesen meghallgatta* volna.

*teljes mellőzésében* nyilvánul. Ennélfogva a Terv. a járásbirósági ügyekben nem ismeri a perfelvételi cæsurát és az iratok útján való előkészítést. (492., 493. §§.) Ezeket egyébiránt a törvényszék előtti fizetési meghagyásos perekben is mellőzi (617. §.).

Jelenlegi jogunk abból a tekintetből, hogy valamely ügynek elbirálása *nehezebb*, nem ismer kivételes szerkezetű pert. És erre nincs is szükség, mert a rendes per berendezése olyan, hogy az inkább a nehezebb, mint kevésbé bonyolult ügyekben való eljárásra alkalmas. A Terv. szerkezetének perére azonban inkább az ellenkező áll és ezen okból a bonyolultabb ügyeknek elbirálására egy kivételes szerkezetű pert kellett szabályozni. A Terv. bonyolultabb ügyeknek a *számadási, vagyonelkülönítési* és más hasonló jogviszonyokat tárgyazó pereket tekinti. Ezek kivételes szerkezete pedig a felek perbeli cselekvényeinek *nagyobb foku elkülönítésében* áll. Ezekben ugyanis a per felvételi cæsurán kívül kettős előkészítés foglal helyet: egy előkészítő iratok útján a felek közt, egy másik pedig a kiküldött biró előtt (261—269. §.).[1]

II. Más okokból, mint a melyeket eddig kifejtettünk, kivételes szerkezetü pereket szabályozni nem szükséges. Névszerint nem ok kivételes szerkezetű perekre a *jogviszonyok minősége.* A középkortól kezdve, különösen a *kereskedelmi* és *váltóügyeket* volt szokásban kivételes peres eljárás alá vonni. Ez akkor, midőn a rendes

[1] A Terv. rendszerével mind a két irányban megegyezik a *német* és az *osztrák* perrend rendszere is. A német perrend szerint (birói szervezeti törv. 23. §.) csekélyebb értékű, 300 márkán aluli ügyekben az *Amstgericht* (egyes bíró) jár el egyszerűbb eljárás szerint, mint a *Landgericht* (társas bíróság). Szerkezeti eltérést mi a kettő közt abban látunk, hogy az Amtsgericht előtt nincs irásbeli előkészítés és hogy a felebbvitel korlátolva van (456—471. §.). — Az osztrák perrend szerint pedig 500 frton aluli ügyekben a *Bezirksgericht* jár el. A per szerkezeti eltérése az előkészítő iratok, a perfelvételi caesura mellőzésében és a felebbvitel korlátozásában áll (431—447. §.). Másfelül bonyolultabb ügyekben a német perrend is ismer kettős előkészítést (313—319. §.), hasonlóképen az osztrák perrend is, csak hogy azt még tágabb körben alkalmazza (245—256. §.), mint a Terv. és a német perrend. — Ezen kettős irányban kivételes szerkezetű perek vannak a franczia perjogban is. Kisebb ügyekben egyszerübb eljárásnak van helye a *juge de paix* előtt (perr. első könyve), nehezebb ügyekben pedig kiküldött biró előtt irásbeli előkészítésnek (instruction par écrit), perbeszédek (plaidoirie) kizárásával a tanács előtt (95. cz.). Itt azonban bizonyos ügyekben még sommás eljárásnak is van helye a tribunal előtt. (404—413. cz.).

eljárás rendkívül hosszadalmas volt, birt jogosultsággal, annál inkább, miután a kereskedelmi és váltóügyek azok, melyek a hosszadalmasságot legkevésbé tűrik meg. De a mai jogokban, minthogy a gyors elintézésre a rendes per szerkezete teljesen alkalmas, többé nem indokolt pusztán a kereskedelmi és váltó ügyek ezen minőségénél fogva kivételes szerkezetű pereket fentartani. A mennyiben pedig ama ügyek a rendesnél gyorsabb elintézése szükséges, egészen kielégítők azok az eszközök, melyeket az újabb jogok a kivételes gyorsaság érdekében behoztak. Jelenlegi jogunk még ismer külön kereskedelmi és váltó pereket, de a Terv. azokat egész helyesen mellőzi.[1] Egyébiránt a mi kereskedelmi eljárásunk semmiben sem bír kivételes szerkezettel. Mert sem az nem állapítja meg a kivételes szerkezetet, hogy rendszerint periratváltás helyett jegyzőkönyvileg tárgyalandó, sem az, hogy a határidők, illetve a határnapi időközök a rendesnél rövidebbek. A váltóper szerkezete azonban csakugyan kivételes, mint az előző §-ban kifejtettük.

## 20. §. Nyilvánosság.

A nyilvánosság jelenti azt, hogy mindenkinek van megengedve a felek és a bíróság cselekvényeinek végbezvitelénél jelen lenni, tehát olyanoknak is, a kik per kimenetele körül érdekelve nincsenek. A nyilvánosság nem oly tényező, a mely a per szerkezetét befolyásolná; mert akár nyilvános a perbeli cselekvények végzése akár nem: a per az a szerkezete, a melyet az §§-ban kifejtettünk, ugyanaz marad. A nyilvánosság csak a perbeli cselekvények *helyének* jogi szabályozását jelenti; azaz azt, hogy azon a helyen, a hol a felek és a bíróság a perbeli cselekvényeket végzik, mindenki lehet jelen. De az, hogy a perbeli cselekvények minő helyen végezhetők, sem azok alakját, sem a per szerkezetét be nem folyásolja. A nyilvánosság inkább csak *folyománya* bizonyos alakú és szerkezetű pereknek. Ugyanis a tisztán szóbeli és azon vegyes alakú pereknél, a melyekben a szóbeliség nagyobb mértékben érvényesül, a nyilvánosság is nagyobb fokú, mint a tisztán irásbeli és azon vegyes alakú pereknél, melyekben az írás a túlnyomó Ez a különb-

[1] L. a Terv. találó indokolását. 8. s k. ll. A külön *kereskedelmi bíróságok* fentartására sincs szükség, melyeket a Terv. szintén mellőz.

ség a nyilvánosság czéljából magyarázható ki. Ez a czél az, hogy a perbeli cselelekvények *tartalmáról* mindenki szerezhessen tudomást. De ez csak akkor érhető el, midőn a perbeli cselekvények szóbeli előadásokból állanak; iratok átnyujtása esetében a jelenlévő közönség csak arról szerezhetne tudomást, hogy valamely irat átadatott, a mi magában véve egészen jelentéktelen körülmény. Ebből az okból, a mint az irásbeliség mind jobban elterjedt, elvesztette a nyilvánosság azt a jelentőségét, melyet neki az ős-kori, tisztán szóbeli perekben tulajdonítottak, s melyet neki a szóbeliség nagyobb térfoglalásával a mai jogokban tulajdonítanak. De azért nagyon téves volna az a következtetés, mintha a szóbeliség már fogalmánál fogva a nyilvánosságot feltételezné; ez inkább csak következménye neki.

A *nyilvánosságot* a modern törvényhozások, a *szóbeliség* és a *közvetlenség* mellett minden helyes perjogi reform egyik alaptételének tekintik. És habár tudnunk kell, hogy ez a három fogalom a perjogban nagyon messze esik egymástól: mégis kétségtelen, hogy a nyilvánosságnak nem ugyan a per szerkezetére, hanem az igazságszolgáltatás *jóságára* igen nagy befolyása van, s ebből az okból méltán tekintik azt minden helyes perrend elengedhetlen kellékének. A nyilvánosság súlypontja nem annyira a felek, mint a bíróság cselekvényeinek nyilványosságában rejlik. A czél ugyanis nem az, hogy mindenki tudja, hogy a felek a bíróság előtt miként nyilatkoztak, hanem az, hogy a bíróság a felek cselekvényei alapján miként észlelt és mit határozott. Az igazságszolgáltatás jóságának biztosítására nem az szükséges, hogy mindenki ismerje az előbbit, hanem az utóbbit. A biró nagyobb figyelmet fog kifejteni és kevésbé lesz hajlandó a jogszabályokat az egyik fél előnyére és a másik kárára megsérteni, ha látja, hogy cselekvését a feleken kívül mások is megfigyelik. Ezen okból a nyilvánosság a bíróságnak *ellenőrzése a közönség* által, vajjon az a jogszabályokat helyesen alkalmazza-e és mint ilyen egyike a leghatályosabb *alkotmányjogi biztosítékoknak*. Habár a nyilvánosság súlypontja a bíróság cselekvényeinek nyilvánosságában rejlik, fogalma azonban még sem szorítkozik erre. Mert, hogy megtudjuk, vajjon a bíróság helyesen járt-e el, tudnunk kell, hogy mi a felek cselekvényeinek tartalma. Innen van, hogy vegyes alakú perekben a bíróság cselekvényeinek nyilvánossága maga utánvonja a felek szóbeli előadásának nyilvánosságát. A tiszta irásbeliség mellett ez

nem lehetséges és azért a bíróság ismerteti meg nyilványosan a felek cselekvényeinek tartalmát; itt tehát a nyilvánosság csupán a bíróság cselekvényeinek nyilvánosságára szorítkozik. Nagyon könnyű belátni, hogy ezen utóbbi esetben a nyilvánosság sokkal csekélyebb alkotmányjogi biztosíték, mint az előbbi esetben.

Mint az eddigiekből is kitűnik, a nyilvánosságnak különböző *fokozatai* vannak. Az egyes perjogok közt a szerint van különbség, hogy a nyilvánosságot kisebb vagy nagyobb mértékben juttatják kifejezésre; *teljes nyilvánosság* azonban sehol sem létezik. Ez kettőt foglal magában: egyrészt azt, hogy kivétel nélkül *mindenki* lehet jelen a perbeli cselekvények végzésénél, másrészt, hogy a közönség *minden perbeli cselekvény* végzésénél lehet jelen. Rendszerint azonban a nyilvánosság mind a két irányban meg van szorítva, ennélfogva az csak *korlátolt*.

Igy, a mi jogunk szerint a rendes perben a befejezett *perek előadása* nyilvános (T. 102. §.) Ez úgy értendő, hogy az előadó nyilvános tanácsülésben terjeszti elő minden előadmányát, kivéve a tancsülésen kivüli elintézéseket, s így nemcsak azt, a mely a befejezett ügyre vonatkozik. Nyilvános, bár a törvény nem mondja ki, a hozott határozatok kihirdetése is (Ü. Sz. 190. §.). A tekintetben, hogy kik lehetnek jelen az ügyek előadásánál, a T. semmiféle korlátozást sem állapít meg. Ilyen csak az Ü. Sz. 181. §-ban foglaltatik, mely szerint gyermekek és oly személyek, a kik nem a hely méltóságának megfelelően jelennek meg, a nyilvános ülésekből kizárhatók. Az 1877: XXII. t.-cz. 37. §-a szerint csak felnőttek lehetnek jelen a tárgyaláson. A S. E. szerint a szóbeli tárgyalás nyilvános (25. §.); és miután a határozatok a szóbeli tárgyalás határnapján vagy egy azonnal kitüzendő határnapon hirdetendők ki (119. §.): a kihirdetés is nyilvános. Ugyanez áll a felebbezésnek szóbeli tárgyalás utján való elintézése esetében, a felebbezésnek és a felülvizsgálatnak nyilvános előadása esetében pedig azzal az eltéréssel, hogy itt az ügy előadása nyilvános. A tekintetben pedig, hogy kik zárhatók ki a nyilvánosságból, a S. Ü. Sz. 39. §-a a rendes Ü. Sz-val megegyezően rendelkezik. Hasonlóképen a Terv. 209. §-a szerint is a tárgyalás és határozatok kihirdetése a perbiróság előtt nyilvános. Nem felnőtt és oly személyek, a kik nem a hely méltóságának megfelelően jelennek meg, a hallgatók közül kizárhatók.

Ezen felsorolásból kitünik, hogy a rendes perben csupán a bíróságnak két cselekvénye nyilvános: az előadás és a határozat kihirdetése; a sommás perben pedig és a Terv. szerint a felek minden szóbeli előadása és a bíróságnak szabályként minden perbeli cselekvénye nyilvános, még a bizonyításfelvétel is, a mennyiben az szóbeli tárgyaláson történik. A rendes perben a bizonyítás felvétele, mely kiküldött vagy megkeresett biró által történik, soha nem nyilvános. Nem nyilvános a bizonyításfelvétel a S. E. és a Terv. szerint sem, a mennyiben kiküldött vagy megkeresett biró által történik; mert ezek szerint csak a szóbeli tárgyalás nyilvános, a kiküldött vagy megkeresett biró eljárása pedig nem az. Végül nem nyilvános a társasbíróságoknál úgy a rendes perben mint a S. E. és a Terv. szerint a határozathozatalt megelőző *tanácskozás*. Az, hogy ez nyilvános vagy titkos legyen, igen sok vitára szolgáltatott okot; azonban az a helyesebb felfogás győzött, melyet a mi jogunk is követ, hogy a tanácskozás ne legyen nyilvános. Kevésbé helyeselhető a nyilvánosság kizárása a bizonyításfelvételnél a kiküldött, illetve a megkeresett biró előtt, a mi akkor, ha a szóbeli tárgyaláson felveendő bizonyítást nyilvánossá teszszük, nem is következetes. Hogy pedig az eljárás nem mindenkire nyilvános, hanem csak azokra, a kik koruknál és külső megjelenésüknél fogva alkalmasak azon czélt megvalósítani, melyet a törvény a nyilvánosság által elérni akar: a bíróságot a közönség ellenőrzésének alávetni, az egészen helyes.[1]

A nyilvánosságnak azon a főszerepén kivül, hogy az a bíróság eljárásának ellenőrzésére szolgál, még abban az irányban is van jelentősége, hogy tanuk által való bizonyitásnál nagy mértékben biztositja *a tanuvallomások őszinteségét*. A tanu, midőn nagy közönség jelenlétében vall, kevésbbé lesz hajlandó hamis tanuzásra mint akkor, midőn őt a biró a közönség kizárásával hallgatja ki. A tanuvallomások azonban a mi jogunkban csak annyiban nyilvánosak, a mennyiben a bizonyitás felvétel a per szerkezeténél fogva általában *közvetlen*. A közvetlenségen alapuló eljárás ugyanis

[1] Feuerbach is megszorítandónak tartotta ezen irányban a nyilvánosságot, sőt még nagyobb mértékben, mint ezt a jelenlegi jogok teszik. Ő különben e század elején a nyilvánosság egyik leglelkesebb szószólója volt. L. munkáját: Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege II. k. 219. l.

szabályként nyilvános és így a tanukihallgatás s az. Ellenkezőleg áll ez a közvetett bizonyitásnál, a mely nem nyilvános.[1]

A törvények azon oknál fogva, mert a nyilvánosság a biró ellenőrzésére szolgal, nem engedik meg, hogy azt a biró kizárja. Ezt még akkor sem teheti, ha a felek arról lemondanának. A biró alaki jogszabályt sért meg, ha a nyilvánosságot a törvény ellenére kizárja, a mi miatt bármelyik fél felebbezéssel, illetve felülvizsgálati kérelemmel élhet (N. 38. §., 39. §. h.; S. E. 165. §. 5. Terv. 531. §. 4.). E szabály azonban nem oly szigorú, hogy alóla kivétel nem volna. A törvény megengedi a nyilvánosság kizárását, midőn a perbeli cselekvények nyilvánossága más fontos érdekeket sértene, nevezetesen a közerkölcsiséget, a fél jó hírét vagy érdekét (T. 103. §.), de még a közrendelet is (Terv. 210. §.).[2] Ezen szempontok alapján a nyilvánosság bizonyára akkor is kizárható, midőn a tanu jó hírét vagy érdekeit veszélyeztetné az, ha nyilvánosan kellene vallania.

[1] A tanuk vallomásának nyilvánosságára igen nagy súlyt helyeznek az *angol jogban.* BEST: Treatise of the principles of evidence and practice as to proofs. Német átdolgozásban MARQUARDSEN-től 94. s k. ll. — A *franczia jognak* a tribunalok előtti polgári perekben, a kereskedelmi és a sommás eljárást kivéve, épen az ellenkező álláspontot foglalja el. A tanukihallgatás (enquête) kiküldött biró előtt a nyilvánosság kizárásával történik, annál a feleken kívül más senki sem lehet jelen. A franczia perrend ez a rendelkezése az 1667. évi ordonence-ból van átvéve, s fentartották a jelenlegi perrendben annak daczára, hogy időközben a polgári perekben is a tanuvallomások nyilvánosságát kimondották (decret du 7 fructidor a. III.). A legfőbb indok az, hogy ha a tanu a nyilvánosság kizárásával vall, inkább lesz hajlandó igazat mondani és nem fog elhallgatni vagy elferdíteni a nyilvánosságtól való félelmében semmit. Ez az ok azonban nem fogadható el s a franczia irók egyhangulag elitélik a titkos tanuvallomás rendszerét. L. BORDEAUX: i. m. 542. s k. l.; BOITARD: Leçons de procédure civile (folytatva és kiegészítve COLMET-DAAGE által, ötödik kiadás GLASSONTól) I. k. 539. s k. ll.; GARSONNET: i. m. II. 549. l. V. ö. még BENTHAM kéziratának franczia fordítását: Traité des preuves iudiciaires. DUMONT-tól 1823. I. k. 245. s k. ll. A titkos tanuvallomások rendszere a franczia jogban, a hol egyébként oly nagy súlyt helyeznek a nyilvánosságra (l. a következő jegyzetet) nem is következetes.

[2] Régibb jogunkban a nyilvánosság nem szerepelt alkotmányjogi biztosíték gyanánt. Sem törvényeink nem rendelik sem iróink nem mondják, hogy a polgári per nyilvános legyen. Még az 1848. évi törvények sem mondják ki a biráskodás nyilvánosságának elvét. Ezen elv kimondásának hiánya az irásbeliség túlnyomó szerepére vezetendő vissza. Azt

## 21. §. Perköltség.

I. Midőn az állam megengedi, hogy a felperes bírósága elé keresettel vagy általában akármelyik fél különböző kérelmekkel járulhasson, melyek alapján a bíróság eljár: ez által az államnak bizonyos kiadásai merülnek fel. E kiadások abból állanak, hogy az államnak egyes személyeket kell alkalmaznia és díjaznia, a kik az ő megbízásából a bírói hatalmat gyakorolják. E hatalom felségjog lévén, a melyet az állam általában mindenkinek érdekében fejt ki: a vele járó költségek is kell, hogy *mindenkit* terheljenek. Ez okból a bíráskodással járó költségek közadók alakjában mindenkire vettetnek ki, habár tényleg az állami igazságszolgáltaté hatalmát nem is vette igénybe. Méltányos azonban, hogy azok, a kik az állam bírói oltalmát tényleg igénybe veszik, e kiadások viseléséhez *fokozottabb mértékben* járuljanak és ez képezi okát annak, hogy valahányszor egyesek az állam bíróságaihoz fordulnak, még külön is tartoznak megtérítéssel. Miután a perben két fél van, az a kérdés merül fel, hogy a felek melyike tartozik ezzel a különös megtérítéssel? A mi jogunk szerint nem a per végén egyszerre, hanem az egyes perbeli cselekvényekért külön-külön teljesítendő az állam részére a fizetés, mely a per folyamán túlnyomólag a felperest terheli, az alperest csak egyes különös kérelmeiért. A mi pedig az ítéletet illeti, ez után majd a felperes, majd pedig általában a vesztes fél teljesíti a fizetést. E tekintetben ugyanis a fizetés alakja a döntő. Szabályként minden fizetés állandó bélyegilleték alakjában történik; kivételesen azonban az ítéletekért, ha a pertárgy értéke 2500 frtot meghalad, az ítélet jogerőre emelkedése után készpénzben teljesítendő, s a pertárgy értékének bizonyos

azonban még sem mondhatjuk, hogy régibb jogunk e tekintetben egy alapon állana a német joggal, mely az újabb időkig a polgári perben kizárta a nyilvánosságot, a mit a mi jogunkról állítani nem lehet. Sőt a megyegyülések nyilvánosságát az 1723: 58. t.-cz. kifejezetten elrendeli. A nyilvánosság a franczia jogban nyert leghatályosabb elismerést, bár ott nem érvényesül a legmegfelelőbb alakban. Egyrészt nincs semmi korlátozás a tekintetben, kikre nézve legyen nyilvános a per, másrészt pedig egyes igen fontos cselekvények, mint a tanukihallgatás s általában a kiküldött biró előtti eljárás nem nyilvánosak. Igen tanulságos Feuerbach: i. m. II. 193—224. l. fejtegetése a franczia nyilvánosságról. L. még Bordeaux: i. m. 263. l. Kétségtelen azonban, hogy jobbára mindenütt a franczia tanok behatása alatt hozták be a nyilvánosságot.

százalékából ($1^1/_{10}\%$) áll. Az előbbi esetben mindig a felperes, az utóbbiban általában a vesztes fél fizeti az illetéket.[1]

Az azonban csak ujabban van egy általános tétel gyanánt elfogadva, hogy a felek az államnak tartoznak különös megtérítéssel az igazságszolgáltatásért. Régebben a felek nem az államnak, hanem az eljáró birónak fizettek fáradozásáért díjakat.[2] Most azonban, midőn a birákat az állam látja el javadalmazással, a felek a biráknak semmit sem tartoznak fizetni, de ezt tenniök nem is szabad. Csak annyit jelent az a tétel, a melyet a mi jogunk is egy alaptörvényben ki mond (1869. IV. t. c. 5. §.), hogy az igazságszolgáltatás *ingyenes*. Korántsem jelenti azonban azt, hogy a felek az állam igazságszolgáltató hatalmának igénybe vételéért különös megtérítéssel nem tartoznának. Egyébiránt az igazságszolgáltatás ingyenességének elve a fentebbi értelemben, a mi jogunkban nincs is következetesen keresztülvive.

A bíróság kiküldött birája vagy más közege, továbbá a megkeresett biró, ha a bíróság hivatalos helyiségein kivül végeznek perbeli cselekvényeket, napi dijat és a vitelbér megfizetését vannak jogosítva a felektől követelni (Ü. Sz. 258—260. §.).

A perben az állam közegeinek közreműködésén kivül sok esetben még más személyek tevékenységére is van szükség. E személyek tanuk, szakértők és a fél perbeli meghatalmazottjai. Ez utóbbiak közül különös jelentőséggel birnak azok, a kik hivatásszerüleg a feleknek perbeli képviseletével foglalkoznak, t. i. az *ügyvédek*, a kik által a fél egyes ügyekben tetszése szerint képviselteti magát, más ügyekben pedig kénytelen magát általuk képviseltetni, személyes cselekvése a perben nem lévén megengedve. Az állam ezen személyeket közreműködésükért rendszerint nem díjazza, csak kivételesen a tanukat és a szakértőket. Ennélfogva a felekre hárul a kötelesség ama személyeknek bizonyos értéket szolgáltatni, a mely mindig kiadásaiknak megtérítéséből és egyes esetekben még fáradozásukért bizonyos díjak fizetéséből áll. Köteles pedig a felek közül a teljesítésre mindig az, a ki a tanuk vagy szakértők alkalmazását kérte, illetve a ki a perbeli meghatalmazott által magát képviselteti.

[1] A részleteket l. 1894 : XXVI. t.-cz. különösen 10. és 11. §§.

[2] Így nálunk is, mint ezt az 1770. évi díjszabás (schema taxarum) tüzetesen meghatározza. Közölve Frank: i. m. II. 326. s k. ll.

Azok a vagyoni kiadások, melyek a félre ezen különböző kötelezettségek alapján az állammal, illetve más a perben közreműködő egyénekkel szemben hárulnak: a félnek a perből eredő költségei, miért is azokat *perköltségnek* nevezzük. De ezeken kivül a félnek a per körül még egészen más természetű költségei is lehetnek. A félnek ugyanis sokszor, hogy a perben való eljárása vagy sikeres szereplése lehetővé váljék, bizonyos kiadásokat kell tennie. Ezek közül legszembetünőbbek a félnek utazási költségei abból a czélból, hogy a biróság előtt megjelenhessen. Ezek a kiadások abban külömböznek lényegesen az előbbiektől, hogy a félnek nem oly kötelezettségéből származnak, mely a felet azért terheli, mert az állam közegei vagy más személyek a fél érdekében a perben közreműködtek. E kiadások is azonban a félnek a per körüli költségei, tehát szintén perköltségek.

Ezek szerint a félnek perköltségei különböző kötelezettségekből származó kiadások, melyeket különösen abból a szempontból szükséges megkülönböztetni: mennyiben háríthat el az állam a féltől bizonyos perköltségeket és mennyiben van jogosítványa az egyik félnek a másik ellen költségeinek megtérítése iránt? Előzőleg azonban meg kell jegyeznünk, hogy a félnek az állammal szemben illetékek és bélyegek fizetésére vonatkozó kötelezettsége közjogi természetű; ezek fizetése a peresfeleket terhelő különös adó lévén, az adófizetés iránti kötelezettség, mint ez kétségen felül áll, közjogi természetű. Ellenben a többi költség fizetése csak egy magánjogi kötelezettség, melyet mindig csak egy magánjogi ügylet létesít.

II. Van eset, midőn az állam a perköltség egy részének viselését a féltől elháritja abból a czélból, hogy a perben való szereplését fel vagy alperesként megkönnyítse. Ez a *szegénység* esete. Ha a fél nem rendelkezik annyi vagyonnal, hogy a per körül felmerülő kötelezettségeinek eleget tehessen, szükséges őt azoknak legalább egy része alól felmenteni, mert különben felperesként nem is léphetne fel; a mennyiben pedig mint alperes vonatik perbe, a kellő vagyon hiányában a felmentés azért szükséges, mert különben abba a ferde helyzetbe jutna, hogy tartoznék ugyan perbe állani, a nélkül, hogy volna elegendő vagyona, az igy származó kötelezettségeinek eleget tenni. A félnek felmentését a perköltség egy része alól *szegényjog*nak vagy *szegénységi jognak* (Terv. V. fej.) szokás nevezni. E felmentés csak átvitt s nem igazi értelemben tekinthető jogosítványnak. Mert a mint senkinek nem jogosítványa az, hogy tartozá-

sát a hitelező elengedje, épugy a perköltség viselése alóli felmentés sem az. Az állam csak méltányossági szempontból és azért menti fel a szegény feleket a költség alól, hogy önmagával ellentétbe ne kerüljön. Kétségkivül ellenmondás volna, egyrészt megengedni azt, hogy mindenki keresetével az állam bíróságához fordulhasson, másrészt pedig ezt sokaknak lehetetlenné tenni azon tetemes költségek által, a melyek az ilyen kérelem előterjesztésével járnak. Az alperest tekintve pedig, méltánytalan, őt kötelezni a perbe beállni, reá bizonyos kiadásokat hárítani, midőn erre szükséges vagyona nincs, oly időben, midőn még nem is bizonyos, hogy a felperes kérelme teljesíthető-e vagy sem.

Az állam azonban a felet szegénység czimén, habár az igazságosságnak ez legjobban megfelelne, nem menti fel az összes költségek, hanem csak azok egy része alól. Mindenesetre felmenti őt azok alól, a melyek őt, illeték és bélyegtartozás czimén az államnak szemben terhelnék, továbbá a biróság kiküldött közegeinek, a tanuknak és szakértőknek fizetendő díjak alól, ugy azonban, hogy ezeknek, a fél helyett maga az állam nyujt megtérítést és végül az ügyvédnek fizetendő díjak alól vagy általában vagy csak akkor, midőn a képviselet ügyvéd által kötelező a nélkül azonban, hogy az ügyvédnek az állam megtérítést nyujtana. Az ügyvédeket tehát a szegény feleknek perbeli képviselete iránt egy közjogi természetű kötelezettség terheli. A perköltség viselése alóli felmentés azonban csak *feltételes*, addig tart, a meddig a fél vagyontalansága fennáll. Mihelyt a fél vagyonhoz jut az elengedett, illetve a helyette kifizetett összegeket megtéríteni tartozik. Ezt is azonban azon további feltétel alatt, hogy a perbeli költségek végleges viselése ő reá hárul, vagyis, hogy a másik féltől megtérítést nem követelhet vagy pedig a másik félnek ő tartozik költségmegtérítéssel. Ha pedig a költséget véglegesen az a fél tartozik viselni, a ki a perköltségek alól felmentve nem lett, ez azon költségeket is tartozik megtéríteni, a melyek alól a másik felmentetett. Ezek az elvek minden ujabb jogban feltalálhatók, a mi jogunkban is követtetnek, habár az, hogy a fél mely költségek alól menthető fel, egyes rendelkezésektől eltekintve (1874. XXXIV. t. c. 50. §.), tüzetesen meghatározva nincs. A Terv. azonban már részletes szabályozást tartalmaz. (113—124. §.)

III. Azok a perköltségek, a melyek a különböző kötelezettségek alapján a felekre hárulnak, szabályként csak az egyik felet terhelik véglegesen, azt, a ki *a perben vesztes*; mert ez rendszerint

a másiknak, a neki felmerült perköltségeket megtéríteni tartozik. A vesztes félre tehát rendszerint kettős perköltség hárul: a saját és a nyertes fél perköltsége. Előfordul azonban az is, hogy a vesztes fél a nyertes félnek perköltségeit egyátalában nem, vagy legalább részben nem tartozik megtéríteni: ekkor a nyertes félre saját költségeinek viselése egészen vagy részben, véglegesen hárul.

A vesztes félnek kötelezettsége a nyertes fél perköltségeinek megtérítése iránt közönséges *magánjogi kártérítési kötelezettség.* A mint mindenki azt a kárt, a melyet saját tényei által másoknak okozott, megtéríteni tartozik: épugy a vesztes fél is tartozik megtéríteni a nyertes félnek a perköltségeit, miután a perre a vesztes tényei szolgáltattak okot. Nem előfeltétele e megtérítési kötelezettségnek a vesztes fél rosszhiszeműsége vagy vétkes gondatlansága. E kötelezettséget ezen egyéni mozzanatok nélkül állapítja meg a vesztes fél ténye, hiszen a magánjog szerinti kártérítési kötelezettség létrejöttéhez sem kivántatik mindig a károsító rosszhiszeműsége vagy vétkes gondatlansága. Csak az szükséges, hogy a nyertes fél ne járt el legyen vétkesen, mert ismét senki nem követelheti annak a kárnak a megtérítését, a mely őt saját vétkessége folytán éri. A mi felfogásunkból következik, hogy a vesztes fél kötelezettsége a nyertes fél perköltségének megtérítése iránt nem a vesztes félre szabott *büntetés,* nem megtorlás azért, hogy a pert előidézte, noha igaza nem volt. Ez a régibb felfogás, mely azonban a mai jogfogalmaknak semmiképen sem felel meg. Kitünik ez abból, hogy a vesztes fél megtérítési kötelezettségének nagysága mindig a nyertes fél perköltségeinek mérvétől függ, hogy továbbá, ha az állam kivételesen valamely perbeli cselekvényt tiltott perbeli cselekvénynek minősít (l. 7. §.), s a miatt a felet büntetéssel sujtja, a büntetésképen kiszabott összeg soha nem az ellenfélnek, hanem magának az államnak fizetendő.

A vesztes félnek kötelezettsége a nyertes fél perköltségének megtérítése iránt *nem közjogi,* hanem csak magánjogi természetű, azon okból, mert a mi nézetünk szerint a felek közt semmiféle közjogi jogviszony sem jöhet létre, s mert különösen az a jogviszony, a melynél fogva az egyik fél a másiktól kártérítést követelhet, mindig magánjogi. Nem szól ez ellen az sem, hogy a bíróság az ujabb jogok szerint kérelem nélkül is hivatalból állapítja meg a perköltség megtérítése iránti kötelezettséget. (S. E. 108. §. Terv. 434. §.) Ez kétségkivül kivételes rendelkezés és leginkább annak feltüntetésére

szolgál, hogy a perköltség megtérítése iránti kötelezettség *nem járuléka* a perbe vont jogviszonynak, mint ezt hosszú ideig általában vélték, hanem egészen önálló alappal bir, melyet az a tény képez, hogy az ügyre nézve per volt vagy legalább megkisérelve lett. Ezen elvnek kifejezésére azonban nem mulhatianul szükséges a perköltség megtérítése iránti kötelezettségnek hivatalból való megállapítása, mert ez akkor is a perbevont jogviszonytól önálló kötelezettségnek tekintendő, midőn a bíróság azt csak kérelemre állapítja meg, miként még jelenleg is a rendes perben (T. 251. §.). A hivatalból való megállapítás csak czélszerüségi szempontból bir előnynyel. Nevezetesen, a mennyiben a fél a másik félnek a perköltség megtérítése iránti leköteleżését kérni elmulasztotta, a mi leginkább akkor történhetik meg, midőn a felet ügyvéd nem képviseli: a bíróság a hivatalból való megállapítás által a fél érdekeit hatályosabban megvédi és magát megmenti attól, hogy az ügygyel ismételten kelljen foglalkoznia, ha a fél a perköltség megtérítésében a másik felet utólag köteleztetni kérné. Nem szól végül a perköltség megtérítése iránti követelés magánjogi természete ellen az sem, hogy ha a bíróság az itéletben a perköltséget megítélni elmulasztotta: azt a nyertes fél a nyertes féltől külön per útján nem követelheti. Ebből ugyanis csak az következik, hogy a perköltség megtérítése iránti jogositvány nem olyan, melyet külön per útján is lehetne sikerrel érvényesíteni, de nem következik az, hogy nem is volna magánjogi jogosítvány. A fél a hátrányt magától ugy hárítja el, hogy perorvoslattal él, esetleg pedig a sértő birótól követelhet kártérítést.

A perköltség megtérítése iránti magánjogi kötelezettség a per tényében bírja alapját, noha a per nem jogviszony a felek között. A mi felfogásunk szerint ugyanis a per mindegyik fél és az állam közt létrejött közjogi viszony, és nem olyan, a mely a felek közt állana fenn. Ez azonban nem zárja ki, hogy ezen közjogi viszonyt létesitő tény a felek közt is egy magánjogi viszony keletkezésének képezze alapját, a mely jogviszony jogosultságot állapít meg az egyik fél javára a másik ellen azon kár megtérítésére, mely az előbbire az által állott elő, hogy neki a pert megindítania kellett, illetve perbe állani tartozott. Ha az egyik fél abba a helyzetbe jut, hogy jogosítványát a másik ellen per útján kénytelen érvényesíteni, miből neki kiadásai merülnek fel, vagy pedig, ha az egyik fél kérelme folytán a másik abba a helyzetbe jut, hogy a

bíróság előtt köteles megjelenni és nyilatkozni, a nélkül, hogy az előbbi félnek igaza volna, mi által neki szintén kiadásai keletkeznek: a magánjogi elvek szerint is az a fél, a kinek személyében a támadt kár oka rejlik, a másik félnek kártérítéssel tartozik. E szerint a perköltség megtérítése iránti kötelezettségnek alapja az a tény, hogy a nyertes félnek, jogosítványának érvényesítése vagy még általánosabban kifejezve, érdekének megvédése czéljából vagy abból a czélból, hogy az ellenfél alaptalan kérelme ellen védekezhessék: perjogi jogviszonyba az államhoz kellett belépnie és ezt a kényszert a másik fél ténye idézte elő.

A megtérítési kötelezettség terjedelmére nézve az a döntő, hogy mennyi az a szükséges költség, mely a per vitele czéljából a törvény rendelkezései folytán a nyertes félre hárult. Ezek közé tartoznak minden esetre a bélyegek és illetékek, melyeket a nyertes félnek az államnak fizetni tartozott. Sőt ezeket a vesztes fél az államnak akkor is tartozik megfizetni, ha azok alól a nyertes fél szegényjog czímén fel volt mentve. Ide tartoznak továbbá a birósági kiküldött, a megkeresett biró, a tanuk és szakértők törvényben vagy rendeletben megállapított díjai, melyeket a nyertes félnek fizetnie kellett, illetve, melyeket helyette szegénység esetében az állam kifizetett. Ide tartoznak a perbeli meghatalmazottnak, különösen az ügyvédnek fizetendő összegek is. A félnek a perben szabályként nem kell személyesen eljárnia, sőt azon esetekben, melyekben ügyvédi kényszer áll fenn, ezt nem is teheti. A nyertes fél azonban a perbeli meghatalmazottjának fizetett vagy fizetendő díjak megtérítését a mi jogunk szerint csak annyiban van jogosítva követelni, a mennyiben a meghatalmazott *ügyvéd,* habár nem is forog fenn ügyvédi kényszer, midőn tehát a fél személyesen is eljárhatott volna. (T. 252. §., de l. még N. 12. §.; S. E. 109. §.; Terv. 435. §.[2]). Hogy mennyi az az összeg, melyet az ügyvédi perbeli képviseletből a vesztes félre rónni lehet, azt a biró belátása szerint határozza meg, mert törvényeink idézett §-ai általában csak az ügyvédi kiadások és díjak megtérítésében rendelik kötelezni a vesztes felet, a nélkül, hogy magát a megtérítendő összeget is meghatároznák. Ezek a birót csak egy irányban kötik meg, kimondván azt, hogy a bíróság székhelyén kivül lakó ügyvéd által való képviseletből eredő költségtöbbletben a vesztes fél csak annyiban marasztalható, a mennyiben azon ügyvéd által való képviselet a per czélirányos

vezetésére szükséges volt.[1] Ide tartoznak végül a nyertes fél azon költségei is, a melyek szükségesek voltak ahhoz, hogy a perben való eljárása lehetővé váljék. Ezen szempont alá főleg a nyertes félnek utazási költségei tartoznak a per birósága elé, midőn a bíróság előtt való személyes megjelenése szükséges volt.

Követelheti azonban a nyertes fél azon veszteségnek pótlását is, mely őt annak következtében érte, hogy a bíróság előtt személyesen is meg kellett jelennie és nem volt lehetséges, hogy magát ügyvéd által képviseltesse. Vagyis a fél személyes megidézése esetében követelheti időmulasztásának megtérítését. Személyes megjelenésének külön jutalmazását — napi díjat — azonban nem követelhet. Mindezekből kitünik, hogy a nyertes fél egyrészt annak megtérítését követelheti, a mit a helyes pervitel czéljából ki kell vagy *ki kellett adnia,* a mi alatt nemcsak a perben szereplő államnak és más személyeknek fizetendő összegek értendők, hanem egyéb kiadások is, a mi azonban csak ujabbi jogunkban van elismerve (v. ö. S. E. 109. §., Terv. 435. §.),[2] másrészt követelheti időveszteség folytán *elmaradt hasznának* megtérítését is, a menyiben a perben személyes megjelenése szükséges volt.

A pervesztesség alapja annak a következtetésnek, hogy a fél szolgáltatott okot a perre, s így köteles a nyertes fél költségeit

[1] Ügyvédi költségtörvényünk, a minők külföldön már legtöbb helyen vannak, ez idő szerint még nincs. Itt még meg kell jegyeznünk, hogy az ügyvédi képviseletből eredő perköltség megtérítése a vesztes felet a községi biráskodás alá tartozó ügyekben nem kötelezi (1877 : XXII. tcz. 36. §.). Továbbá, hogy vannak követelések, melyek az ügyvédet a perbeli képviseletből meghatalmazó fele ellen megilletik, a nélkül, hogy ezek megtérítésére a nyertes félnek a vesztes fél ellen követelése volna. Általában azt, hogy mit követelhet az ügyvéd az őt meghatalmazó féltől, az 1874 : XXXIV. t.-cz. 54. §-a határozza meg. Végül az ügyvédi kiadások és dijak megtérítése iránt a nyertes félnek, nem pedig ügyvédjének van követelése a vesztes fél ellen. E jogosítvány közvetlenül magát az ügyvédet a vesztes fél ellen akkor illeti meg, midőn a nyertes fél szegényjogon perelvén, az ügyvédi kiadások és díjak fizetése alól felmentetett s a vesztes fél a perköltség megtérítésében elmarasztalva lett. 1874 : XXXIV. t.-cz. 50. §. Terv. 121. §. A franczia jog szerint azonban a vesztes fél *közvetlenül* a nyertes fél avoué-ja javára egyéb esetekben is elmarasztalható, ha kimutatja, hogy a kiadások nagy részét ő előlegezte. Ez az ú. n. *distraction.* Franczia perr. 133. cz.

[2] V. ö. még Terv. ind. 230. l.

megtéríteni. Ott azonban, hol ez a feltevés nem talál, a vesztes felet nem is lehet a perköltség megtérítésére kötelezni. Különösen nyilvánvaló ez akkor, a midőn a fél csak *részben* pernyertes, részben pedig pervesztes. Ekkor mindegyik fél a saját költségeit véglegesen viseli, költségáthárításnak helye nincs, vagyis a törvény egyik felet sem kötelezi arra, hogy a másik perköltségeit megtérítse. A törvények ezt úgy fejezik ki, hogy a költségek *kölcsönösen megszüntetendők*. Mint szabályt azonban ezt csak a S. E. 110. §-a és a Terv. 436. §-a mondják ki, míg a T. 251. §-a értelmében a kölcsönös megszüntetés ilyen esetben is mindig a bíróság belátásától függ. A költségek kölcsönös megszüntetése azonban a részbeni való pernyertesség esetében csak a szabályt képezi, mert a részben pernyertes és részben pervesztes fél a perköltséget egészben vagy részben tartozik az ellenfélnek megtéríteni, ha a biró azt találja, hogy a pernek oka az ő személyében rejlik. (V. ö. S. E. 110. §.; Terv. 436. §.)[1] — Továbbá a teljesen pernyertes fél terhére is a perköltség megszüntethető, tehát ő nem követelhet a teljesen pervesztes féltől költségmegtérítést, ha a perre ő szolgáltatott okot; sőt ilyenkor ujabb jogunk szerint még ő tartozik a vesztes fél perköltségeit megtéríteni (S. E. 111. §.; Terv. 437. §.). — Ha pedig a teljesen vagy részben nyertes fél a bíróságot és az ellenfelet oly *egyes* perbeli cselekvényekre indította, a melyek a biró belátása szerint a per elbirálása czéljából fölöslegesek voltak, a biró őt az ellenfélnek ez által támadt költségeinek megtérítésében elmarasztalni fogja, miután erre a költségre ő szolgáltatott okot (S. E. 113. §.; Terv. 439. §.) Ugyanez áll akkor is, ha a pernyertes fél egy határnapot vagy határidőt elmulasztott, vagy ha hibája folytán lett a tárgyalás elhalasztva. Ekkor a mulasztás orvoslásával, illetve az új tárgyalás megtartásával járó költséget az ellenfélnek minden esetre megtéríteni tartozik, miután ekkor is a költségre ő szolgáltatott okot (S. E. 114. §.; Terv. 440. §.).

A költségek kölcsönös megszüntetése nem esik a magánjogi *beszámítás* fogalma alá. Ha az beszámítás volna, ez azt tételezné fel, hogy mindegyik félnek a másik ellen követelése legyen perköltségeinek megtérítése iránt, mely ellentétes követelések egy-

[1] A T. 251. §-a szerint csak az *alperes* marasztalható egészben vagy részben a felperes költségeinek megtérítésében és soha nem részben nyertes és részben vesztes felperes, a mi természetesen nem helyes.

mást megszüntetik. De két ellentétes követelés egymást csak akkor szünteti meg, ha azok egyenlők; ha az egyik nagyobb, a félnek, a kit a többlet megillet, még mindig marad követelése. Ámde, miután a biró a perköltségeket nemcsak akkor szünteti meg kölcsönösen, ha azok egyenlők, hanem akkor is, ha az egyik részről a perköltség több: a beszámítás elve itt nem alkalmazható, hanem egyedül az, hogy egyik félnek sincs követelése perköltségeinek megtérítése iránt a másik ellen. Midőn pedig az egyik fél teljesen nyertes, a másik pedig teljesen vesztes és a biró a költségeket mégis megszünteti, ez azt jelenti, hogy a nyertes félnek nincs követelése a vesztes ellen követeléseinek megtérítése iránt. Ezek az elvek akkor is alkalmazandók, midőn a biró a költségeket csak részben szünteti meg, de azok egy részének megfizetésében az egyik felet mégis kötelezi. Költségbeszámítás a felek közt csak akkor fordulhat elő, midőn a biró egyes perbeli cselekvények költségeiben a nyertes felet a vesztes fél javára kötelezi, habár különben ez a per többi költségeit a nyertes félnek megtéríteni köteles. Ekkor ugyanis a pervesztes fél csak az őt megillető követelés levonása után fenmaradó részt lesz köteles a nyertes félnek megtéríteni. Azt, hogy a nyertes fél önállóan elmarasztalható bizonyos perbeli cselekvények költségeiben, a *perköltség elkülönítése* elvének szokás nevezni, melyet az ujabb jogok, mint láttuk a S. E. és a Terv. is, abból a czélból követnek, hogy minél méltányosabb legyen a perköltség megtérítése.[1]

[1] A perköltség megtéritése iránti kötelezettség természetére nézve a vélemények eltérök. Kohler: Der Process als Rechtsverhältniss 81. l. szerint a perköltség megtérítése iránti kötelezettség *közjogi* és nem magánjogi, mert azon *a perjogi gondolaton* nyugszik, hogy a győző fél győzelme nem volna teljes, ha ahhoz csak a perköltség árán jutna. Ebből azonban mi e kötelezettség közjogi természetét levezetni nem tudjuk. Habár e kötelezettség a per tényén alapszik is és nem pusztán egy perjogi gondolaton, mégis magánjogi természetü, mert kártérítésre irányul. Kohler szerint továbbá a perköltség megtérítése iránti kötelezettség feltételes és az egyedüli, mely a félre a perből hárul. 80. l. Ez is téves. A félnek perbeli jogviszonya az államhoz, s nem is az ellenfélhez, több közjogi természetü kötelezettségből áll, melyeknek csak egyikét képezi a bélyeg és illeték fizetése iránti kötelesség. Csakhogy Kohler nem ezt tartja szem előtt, hanem az ellenfél iránti megtérítési kötelezettséget, s erről mondja, hogy közjogi és feltételes. De feltételesnek sem mondható, mert ha kétségtelen a pervesztesség ténye, a megtérítési kötelezettség is feltétlen. Planck: i. m. I. 385. l. a perköltség megtérítése iránti

A tekintetben, hogy a pertársak egyetemlegesen vagy pedig csak aránylagosan tartoznak a perköltséget megtéríteni, a perjogok legnagyobb részt az utóbbit rendelik. A mi jogunk azonban egy közvetitő állást foglal el, mely szerint a felperestársak a költségmegtérítésért egyetemlegesen, az alperestársak pedig, a mennyiben nem egyetemleg kötelezettek a pertárgyát képező jogviszonyból, rendszerint fejenként, kivételesen a részvétel arányában felelősek (S. E. 112. §.).[1] Végül a bíróság a perköltség viselésében az ügy érdemében hozott itéletben marasztal, a melyben a megtérítendő költség összegét is meghatározza. Ez a mi jogunk szerint nem képezi egy külön eljárás — *költség-liquidatio* — tárgyát, miként több külföldi jog értelmében.

IV. A perköltség megtérítésére rendszerint csak az egyik fél van kötelezve a másik javára, de nem egy a peren kívül álló harmadik személy. Azonban a mi jogunk szerint is a birák, birósági hivatalnokok vagy megbizott birósági vagy községi közegek kötelesek a feleknek azt a költséget megtéríteni, melyet nekik nyilvánvaló vétkességük által okoztak. (S. E. 115. §.; Terv. 443. §.) Ebben az állam kártérítési kötelezettségének áthárítása rejlik hibás közegeire, a kikért tulajdonképen magának az államnak kellene felelnie. E közegek kötelessége a perköltség megtérítése iránt szintén csak magánjogi, s ezen az a körülmény sem változtat, hogy ujabb jogunk szerint őket a bíróság a megtérítésben hivatalból marasztalja el. E közegeken kívül azonban a perbeli meghatalmazottak, névszerint az ügyvédek is kötelesek a félnek a vétkességük által

kötelezettséget a közigazgatási jog körébe tartozónak mondja, a mi lényegre nézve ugyanaz, a mit Kohler állít. Közjogi természetűnek mondja e kötelezettséget Menger is, Grünhut-féle Zeitsch. VII. 657. l. Ellenben Windscheid: i. m. I. 413. l. az általunk is helyeselt nézetet követi, a melynél fogva a perköltség megtérítése iránti jogosítvány egy a per által létesített magánjogi jogosítvány. Ilyennek tekinti Waldner: Die Lehre von den Processkosten 5. s k. ll. is; azt a felfogását azonban, hogy a pervesztes alperes azért köteles a perköltséget megtéríteni, mert *késedelembe* esett, nem osztjuk. — Nézetünk, hogy a perköltség megtérítése kártérítési kötelezettség nem új. Feltalálható már régibb íróknál is, mint Weber: Die Processkosten, deren Vergütung und Compensation. Csakhogy, míg ezek szerint a vesztes fél felelősségének előfeltétele, az *ő vétkessége*, szerintünk, az ettől teljesen független.

[1] A T. erről nem rendelkezik; a Terv 438. §-a szerint pedig a felperestársak is csak fejenként felelnek.

okozott perköltséget megtéríteni (v. ö. 1874 : XXXIV. t.-cz. 71. §.), kiket a Terv. szerint (i. §.) a perbiróság hivatalból is marasztalhat és tekintet nélkül arra, vajjon az okozott perköltség perorvoslat utján elhárítható-e.[1]

[1] Jelenlegi jogunknak, különösen a S. E.-nak és a Terv.-nek a perköltség vonatkozó rendelkezései megegyeznek a *német perrend* szabályaival 87—97. §. Eltérés csak annyiban van, hogy a német perrend szerint a biróság nem határozza meg az itéletben a költség összegét, hanem az egy külön eljárásnak képezi a tárgyát (98—100. §.). E tekintetben a német perrend megegyezik a *franczia perjoggal*, mely szerint a perköltség összege szintén egy külön eljárásban állapíttatik meg. (Garsonnet : i. m. III. 369. s k. ll.). A külön liquidationalis eljárás nem czélszerű, mert a bíróságnak az ügygyel kétszer kell foglalkoznia, a mi csak munkaterhét nagyobbítja. L. Terv. ind. 232. l. Legközelebb áll a mi jogunkhoz az *osztrák perrend*, mely szerint a biróság az itéletben a perköltség összegét is meghatározza, s melynek a perköltségre vonatkozó többi szabályai is (40—55. §.) jobbára megegyeznek a mi jogunkkal. — A perköltség-felszámítási eljárás a mi régibb jogunkban is előfordult, mert a biróság az itéletben a perköltség összegét nem határozta meg. Frank : i. m. II. 231. l.

## MÁSODIK FEJEZET.

# PERBELI CSELEKVÉNYEK A PER ELHÁRITÁSA KÖRÜL.

### 22. §. Perelőföltételek.

Hogy a per a felek között létrejöhessen, ahhoz bizonyos tények szükségesek és hogy köztük lefolyhasson, ahhoz bizonyos szabályszerűen véghezviendő perbeli cselekvények kivántatnak meg. Mind a kettő azért szükséges, mert az állam a feleknek a perben való lekötelezését bizonyos óvrendszabályokhoz köti. Czélszerűségi okok, a melyeket itt bővebben fejtegetni nem kell, indítják az államot arra, hogy a feleknek kötelességét *perbe állani* és *perben megmaradni*, bizonyos tényektől és bizonyos szabályszerűen véghezviendő cselekvényektől tegye függővé. Ezek azok, melyeket mi *perelőföltételeknek* nevezünk.

Közelebbről tekintve a perelőföltételeket, azok két csoportba foglalhatók. Az egyikbe tartoznak bizonyos tények, esetleg bizonyos cselekvények is, a melyeknek fenn kell forogniok, hogy a felperes a bíróságtól általában, vagy egy meghatározott bíróságtól kérhesse, mikép a feleket maga elé idézze és az alperes perbe állani tartozzék. A másikba tartoznak bizonyos cselekvények, a melyek ahhoz szükségesek, hogy az egyik vagy másik fél a perben, a per befejeztéig megmaradni tartozzék. Ezen két csoportba tartozó perelőföltételek közt az a viszony áll fenn, hogy az előbbiek az egész pernek az előfeltételei, tehát azok nélkül a per létre sem jöhet, azt meg sem lehet alapítani; az utóbbiak épen csak azon cselekvények érvényének előfeltételei, a melyek rájuk való tekintettel a perben utánuk következnek, de sem a peralapítást hatályá-

tól, visszahatólag meg nem fosztják, sem pedig más perbeli cselekvények érvényét be nem folyásolják, melyek ugyan utánuk, de nem rájuk való tekintettel következnek. E szerint a perelőföltételek a *per alapításának* és a *per lefolyásának* egészben vagy legalább részben, előfeltételei.

Hogy mely tények és cselekvények a peralapítás és mely cselekvények a per lefolyásának előfeltételei, azt az egyes törvényekben különbözőképen találjuk megállapítva. A minden perjogban érvényesülő elv: kiegyenlíteni két ellentétes érdeket, hogy az állam bíróságai perekkel túl ne terheltessenek és hogy mégis a felek érdekeik védelmére a pert túlságos megszorítás nélkül igénybe vehessék, épen ezen a ponton, habár különböző alakban jut leginkább kifejezésre. Mindenesetre az, a mit a törvény perelőföltételnek megállapít, a per érvényes létrejöttének, illetve érvényes lefolyásának az előfeltétele, ámbár nem egyformaképen. Vannak ugyanis perelőföltételek, a melyeket a bíróságnak *hivatalból* kell vizsgálnia, a nélkül tehát, hogy a feleknek ama előfeltételek vizsgálatát a bíróságtól kérniök kellene; mások ellenben olyanok, hogy azokat a bíróság csak a felek *kérelmére* vizsgálja. Hogy a törvény a per érvényes keletkezésének, illetve lefolyásának vizsgálatát sok esetben a felek kérelmétől teszi függővé, annak oka abban az ismert tényben rejlik, hogy az állam sok esetben a közérdeket leginkább az által látja megvédve, ha a perben a felek akaratához alkalmazkodik. Sokszor megtörténik, hogy valamely perelőföltétel mellőzése vagy elmulasztása daczára a felek érdekei teljesen lehetnek megvédve s a közérdek sem szenved sérelmet. Ilyenkor, ha valamelyik fél az előfeltétel hiánya miatt panaszt nem emel, az állam a pert a hiány daczára is érvényesnek tekinti.

A perelőföltételek vizsgálatának módja is különböző. Ha egy tényről, a feleknek vagy egy az eljáró bíróságtól különböző hatóságnak cselekvényéről van szó, melyek a peralapitásnak előfeltételei gyanánt vannak megállapítva: azokat az eljáró bíróság is vizsgálhatja s a törvény azok vizsgálatát kötelességévé is teszi. Ha ellenben egy cselekvényről, mint a per lefolyásának előfeltételéről van szó, ott a bíróságnak a cselekvénye vagy legalább mulasztása is forog szóban, s azért az állam annak vizsgálatát egy magasabb bíróságra ruházza. Ez az oka annak, hogy a peralapítás körüli perelőföltételek egészen különválasztatnak a perlefolyásának előföltételeitől, sőt perelőföltételek nevével csak amazokat szokás je-

lölni,[1] az utóbbiakat egyszerűen a perorvoslás körébe vonják. Egy perbeli cselekvény ugyanis, midőn érvényének előfeltételeként szereplő valamely más cselekvény hiányzik épúgy szabályszerűtlen, mintha az illető cselekvény valamely alaki vagy tartalmi kelléke hiányzanék. Innen az orvoslás egyneműsége mind a két esetben.

Szükséges azonban a hatás szempontjából is a peralapítás előfeltételeit a per lefolyásának előfeltételeitől különválasztani. Ha a peralapítás valamely előfeltétele hiányzik, a per, mint tudjuk, nem jöhet létre. S ha valaki ennek daczára vonatnék perbe, az a pernek *elhárítását* kérheti. Ha ellenben a per lefolyásának valamely előfeltétele nincs meg, a fél csak a szabálytalan perbeli cselekvény orvoslását kérheti. Hogy mennyiben kérhető orvoslás valamely perbeli cselekvény előfeltételének hiánya miatt, azt a perorvoslatok fejezetében fogjuk kifejteni. Itt különösen csak a peralapítás előfeltételeit s azok hiánya miatt a per elhárításának módját kell megismertetnünk.

## 23. §. A peralapitás előfeltételei. Különösen eljárás a per elhárítása körül.

A peralapítás előfeltételei bizonyos cselekvények és ezektől különböző bizonyos tények. Ezeknek felsorolásánál első sorban csak a jelenleg érvényes jogunkat vesszük figyelembe. A peralapí-

[1] A perelőföltétel elnevezés s általában a kérdés első kifejtése, Bülow érdeme. Munkájában: Die Lehre von den Processeinreden 6. l. azonban csak a peralapítás előföltételeit nevezi perelőfeltételeknek; a per érvényes lefolyásának feltételeit ő még nem ismerte fel. Hogy az egyes perbeli cselekvényeknek is vannak előfeltételei, azt legelőször Schultze, nem eléggé méltányolt munkájában: Privatrecht und Process 276. s k. ll. fejti ki. Kétségtelen, hogy a perelőföltétetek felismerése útján a perjog számos kérdését sikerült tisztázni, de azért mégsem lehet a perelőföltételek szempontjából a perjog *tárgyalásának rendszerét* felépíteni. Ezt remélte a peralapítás előfeltételeitől maga Bülow i. m. 7. l. Nálunk pedig Plósz (Beiträge 4. l.) vette tervbe a peralapítási perelőfeltételek alapján a perjogot rendszerbe foglalni. Kezdetben mi is ebből az eszméből indultunk ki. Később azonban, tekintettel arra, hogy az egész per cselekvények lánczolatából áll, melyek egyik a másiknak előfeltételét képezi, beláttuk, hogy a perelőfeltételek szerint a perjogot rendszerbe foglalni nem lehet. Még akkor sem sikerülhet az teljesen, ha csak a peralapítási előfeltételeket vennők alapul. Egyébiránt eddig még nem akadt író, a ki Bülow eszméje alapján a perjogot rendszerbe foglalta volna.

tás előfeltételeit két csoportba foglalhatjuk. Vannak, melyek minden per megalapításához mulhatlanul szükségesek. Ezeket mi a peralapítás *szükségképi előfeltételeinek* nevezzük. Vannak ismét, melyek csak bizonyos esetekben szükségesek a peralapításhoz. Ezeket mi a *peralapítás esetleges előfeltételeinek* mondjuk.

Szükségképi előfeltételei a peralapításnak: *a)* hatáskörrel és illetőséggel biró *bíróság, b)* cselekvésképes, illetve törvényesen vagy szerződésileg kellően képviselt *peresfelek, c)* egy az elbirálásra alkalmas magánjogi viszony, a *per tárgya, d)* a felperesnek *kérelme, keresete* ama jogviszonynak elbirálása iránt.[1]

A peralapítás esetleges előfeltételei:

*a)* Megelőző eljárás befejezése *ugyanazon* ügyben egy más hatóság előtt. (S. E. 27. §. 1.) Vannak ugyanis magánjogi viszonyok, a melyek iránt a pert a polgári bíróság előtt csak akkor lehet megindítani, miután azokat előzőleg a maguk egészében (pl. 1884: XVII. 176. §.; 1888: XIX. 5. §.) vagy legalább bizonyos szempontból (1871: VIII. 68. §.) már egy más hatóság elbirálta.

*b)* Megelőző eljárás befejezése egy *másik* ügyben, a mely lehet egy magánjogi vagy közjogi viszony, egy más hatóság előtt, a mely a magánjogi viszony iránti pernek a polgári bíróság előtt alapját képezi. Azaz ezen per miként elbirálása attól függ, hogy ama másik ügy miképen lesz eldöntve. Ezen másik ügyben hozandó határozat az előbbire nézve *praeiudiciumot* képez. A praeiudicialis eljárás jelenlegi jogunk szerint csak a rendes perben perelőföltétel, mert csak itt áll az, hogy míg a praeiudiciumot képező ügy el nem intéztetik, a magánjogi viszony iránt a pert megindítani nem lehet (T. 9. és 12. §§.).[2] Ellenben a sommás eljárás alá tartozó

[1] Ezeknek perelőföltételi minőségét az írók általában elismerik. Különösen áll ez a keresetre, a melynek mint perelőföltételnek a jellege iránt leginkább merülhetne fel kétely. V. ö. Bülow: i. m. 291. l. a keresetet a római jog szempontjából is perelőföltételeknek mondja. Plósz: Beiträge 7. l. 5. jegyz.: Wach: Grünhut-féle Zeitschrift VII. 146. l. Ellenkezőleg Kohler: Der Process als Rechtsverhältniss 56. l. Az alperes perbebocsátkozását ellentétben Wachchal (i. h. 146. l.) mi sem tekintjük a peralapítás előfeltételének, mert a peralapítás épen az által lesz befejezve s így annak nem is lehet előfeltétele.

[2] Ezen két §-ban csak a büntető és más polgári bíróság előtti előzetes eljárásról van szó, de nem egy közigazgatási hatóság előtti eljárásról is. Azonban e §§. rendelkezése erre is kiterjesztőleg magyarázandó. Meg kell itt jegyeznünk, hogy a praeiudicium kifejezés nemcsak arra az

perekben a praeiudicialis ügy nem gátolja a perindítást, tehát nem is perelőföltétel; a biró azonban a praeiudicialis ügy elintézéseig az eljárást felfüggesztheti (S. E. 44. §. Terv. 240. §.).[1]

*c)* A külföldi felperes részéről a perköltség és az itéleti illeték biztosítása (S. E. 9., 27. §. 6. p. 220. §. Terv. 185. §. 7.).

*d)* Sommás perben, ha a felperes keresete, miután az első tárgyalásra meg nem jelent, visszavettetik (S. E. 50. §.) vagy ha általában úgy a rendes mint a sommás perben a felperes keresetét az ellenbeszéd előterjesztése előtt visszavonja (T. 69. §.), újabb pert csak a költségek megtérítése után indíthat, addig tehát az alperes a perbe bocsátkozni nem tartozik (S. E. 27. §. 5. Terv. 447. §.).[2] Igy tehát az előzetes költség megtérítése a későbbi per indításának előföltételét képezi.

*e)* Hogy valamely magánjogi viszonynak *ugyanazon szempontból* való elbirálása iránt egy korábban indított per folyamatban ne legyen.[3] Mindaddig ugyanis míg ugyanazon szempontból való elbirálás iránt egy más per folyamatban van, az alperes perbebocsátkozni nem tartozik. *Perfüggés.* Ez habár csak a sommás perre van kimondva (S. E. 27. §. 3. Terv. 185. §. 4.), áll a rendes perre is.[4]

esetre használtatik, midőn egy más ügy képezi az elbirálás előfeltételét, hanem arra is, midőn az elbírálás előfeltétele, *ugyanazon ügynek más szempontból* való elbirálása. L. az *a)* pont alatt idézett 1871 : VIII. 68. §-át.

[1] Ugyanezt rendeli német perr. 139. §. osztrák perr. 190. §.

[2] Ugyanigy német perr. 247. §. 5.

[3] Ez következőképen értendő. Ha a korábbi kereset folytán az ügy perbebocsátkozásig még nem jutott, a későbbi per alperese a perbebocsátkozást mindaddig megtagadhatja, míg a korábbi kereset *vissza nem vonatik.* Ezt szokás különösen e. litis pendentis-nek nevezni. Ha pedig a korábbi perben a perbebocsátkozás már megtörtént: akkor a későbbi per alperesének beleegyezésén kívül, ez a per egyáltalában meg nem alapítható, mert akarata nélkül a korábbi per keresete beleegyezése nélkül többé vissza nem vonható. (L. 30. §-t). Ezt szokás különösen e. rei in iudicium dednctaenak nevezni. Azonban ebben az utóbbi esetben sem lesz a felperes az *ügy érdemében* elutasítva. (L. még a 44. §-t)

[4] A T. 13. §-a, mely szerint, ha a felek ugyanazon jogügyletből *különböző* keresetek indítására vannak jogosítva, a később indított per együttes tárgyalás végett azon birósághoz teendő át, a melynél a korábbi per megindítatott, ezzel nem áll ellentétben. Mert itt a jogviszonynak nem ugyanazon, hanem más-más szempontból való megitéléséről van szó.

*f)* Házasság megtámadása és felbontása iránti perekben perelőföltétel, az előzetes békéltetési eljárás. Kitűnik ez abból, hogy ha a felperes a békéltetési tárgyaláson nem jelenik meg, a per nem tehető folyamatba.[1]

Miután a peralapítás valamely szükségképi vagy esetleges előfeltétele nélkül a per létre nem jöhet: annak hiánya *perakadályt* képez, mert akadályozza, gátolja a per keletkezését. A perakadályokat a bíróság vagy hivatalból vagy pedig csak az alperes nyilatkozata folytán tartozik vizsgálni, a perakadály vizsgálata nem lévén egyéb mint a perelőföltétel vizsgálata. Az alperes nyilatkozatát a perakadály fenforgása iránt *pergátló kifogásnak* nevezzük.[2]

Midőn az alperes a peralapítást el akarja hárítani, valótlannak mondja azt, hogy a peralapítás összes feltételei meg volnának. A felperesnek a per megindításakor keresetében nem kell egyelőre állítania és bizonyítani azt, hogy a perindítás előfeltételei meg vannak. Ezeket, ha hivatalból vizsgálandók, a bíróság saját kezdeménye-

[1] V. ö. Sztehló: i. m. 42. l. Egyéb perekben a békéltetési eljárás, *egyezség megkisérlése* nem perelőfeltétel. E czélból a felek sommás perben ugyan önként megjelenhetnek a bíróság előtt, vagy az egyik fél a másiknak a czélból való megidézését kérheti (S. E. 21. §.; Terv. 489. §.), sőt az eljárás folyamán az egyezséget a bíróság is megkisérelheti (S. E. 41. §.; Terv. 237. §.), de a perindításnak nem szükségképi előzménye. Kötelezően van előírva a franczia jogban (conciliation preliminaire) v. ö. franczia perrend 48—58. cz. s annak mintájára számos más perjogban is.

[2] Jelenlegi jogunk szerint hivatalból figyelembe veendő perakadályok: *a)* a pertárgy hiánya (T. 8. §. N. 39. §. *b)* S. E. 27. §. 1 3. bek. Terv. 185. §. 1. és 3. bek.); *b)* hatáskör hiánya (T. 92. §. N. 14. §. S. E. 27. §. 1. 2. és 3. bek.); *c)* illetőség hiánya azokban az esetekben, a melyekben az illetőségtől eltérésnek helye nincs. (T. 53. §.; N. 39. §. *c)* S. E. 27. §. 3. bek.); *d)* jogképesség hiánya, világosan kimondva csak a Tervben 71. 76. §§.; *e)* perbeli cselekvési képesség és a törvényes képviselet hiánya (T. 8. §.) *b)* és 11. §. N 39. §. i.), S. E. 27. §. 4. és 3. bek. Terv. 185. §. 5. és 76. §.; *f)* előző eljárás hiánya (S. E. 27. §. 1. és 3. bek. Terv. 185. §. 2. és 3. bek.). Ez áll a rendes perre is. — Csak *pergátló kifogás folytán figyelembe veendők: a)* illetőség hiánya szabályképen (T. 51. §. 2. bek. S. E. 27. §. 2. Terv. 185. §. 3.); *b)* egy *más* jogviszony előzetes elbirálásának hiánya, a mely az eldöntendő ügyre nézve praeiudiciumot képez, de csak a rendes perben. T. 9. 12. §§.; *c)* perfüggés (S. E. 27. §. 3. Terv . 185. §. 4.). *d)* biztosíték hiánya (S. E. 27. §. 6. 220. §. Terv. 185. §. 7.); *e)* előzetes eljárás költségének le nem fizetése (S. E. 27. §. 5. Terv. 185. §. 6.). A rendes perre nézve világosan kimondva nincs, de l. T. 69. §.

zéséből, ellenkezőleg csak az alperesnek oly értelmű nyilatkozata folytán fogja vizsgálni, hogy azok nincsenek meg. Midőn pedig az alperes azt hozza fel, hogy valamely előfeltételként megállapított tény vagy cselekvény nem létezik: nyilatkozata nem más mint *tagadás*. A mi ezen nyilatkozat lényegét, a melyet néhány példán könnyű felismerni, elfedi, az annak *indokolása*. Az alperesnek ugyanis valamely perelőföltételt tagadó nyilatkozatát, a nyilatkozat alaposságának könnyebb elbirálása végett bizonyos *tények* tagadása, illetve felhozatala által kell indokolni, miből az a látszat áll elő, mintha a nyilatkozat lényegét az indokok képeznék, nem pedig maga a tagadás. S innen történt bizonyára az, hogy valamint a per érdemében az alperesnek sokszor védelemképen bizonyos tényeket kell felhoznia, a melyeket kifogásoknak szokás nevezni: úgy itt is, miután az alperes tagadó nyilatkozatának hatályosabbá tételére indokokat hoz fel, az alperes nyilatkozatát kifogásnak, pergátló kifogásnak nevezik.[1]

A pergátló kifogás mindig a per jogi hatásának a tagadása, abban az értelemben, hogy a per jogérvényesen nem jöhet létre. S ennek a tagadásának indokolására az alperes vagy egy tényt tagad, a melynek létezését a törvény a per keletkezésének előfel-

[1] A pergátló kifogásokat, és a per érdemében felhozható kifogásokat a régebbi írók teljesen összezavarták. A köztük fennálló különbségre legelőször Bülow utalt a fentebb többször idézett munkájában. Egyébiránt Bülow (i. m. 303. l.) szerint a pergátló kifogás egészen jelentéktelen nyilatkozat, miután, különösen a régebbi jogokat tartva szem előtt, a bíróság minden perakadályt hivatalból tartozik vizsgálni. Régebben a zavart az idézte elő, hogy az alperesnek mindazokat a kifogásokat, a melyeknek czélja volt, hogy a bíróság akkor, midőn a felperes a pert megindította, az ügy érdemében ne döntsön, *akár vonatkoztak az ügy érdemére, akár nem:* a perbebocsátkozás előtt kellett felhoznia. Czéljuk volt tehát a döntést az ügy érdemében elhalasztani. Innen *halasztó kifogások, exceptiones dilatoriae.* E szabályt, a mi régibb jogunk is követte, felállítván a tételt: *post litis contestationem ad exceptiones dilatorias regredi non licet.* Frank: i. m. II. 134. l. és még 116. s k. l. El volt fogadva e szabály az egyházjogban is; itt az elhalasztó kifogásokat általában előzetesen kellett előadni, úgy, hogy azokra a perbebocsátkozás után többé visszatérni nem lehetett. c. 4. X. de exceptionibus (2. 25.) Igy volt ez kezdetben a *német közönséges jogban* is. De később az eshetőségi elv kifejlődésével el lett rendelve, hogy az alperesnek összes, úgy *dilatorius,* mint *peremptorius* kifogásait egy periratban kell felhoznia Wetzel: i. m. 971. l.

tételenként előírja (pl. a pertárgynak, bizonyos minőségének, hogy a bíróság hatáskörrel, illetőséggel bírna, tagadása, annak a ténynek tagadása, melynek alapján a felek cselekvési képességgel birnak, vagy az kellően helyettesíttetik stb.) vagy pedig egy más tényt állít, melynek létezése, a per keletkezését gátolja. (Pl. egy más per van folyamatban). Rendszerint a pergátló kifogásban rejlő tagadásnak indokolását egy perelőföltételként előírt hiányának tagadása képezi és csak kivételesen egy oly tény állítása, mely a per keletkezését gátolja.

A pergátló kifogás mindig az alperes perbeli cselekvénye; mert a felperes által indított pert elhárítani, természetesen csak az alperesnek áll érdekében. Jogi természete a szerint más, a mint a bíróság a perakadályt hivatalból vagy pedig csak az alperes nyilatkozata folytán tartozik vizsgálni. Előbbi esetben a pergátló kifogás perjogilag egy teljesen közömbös nyilatkozat. Csak figyelmeztetése a birónak olyasmire, a mit a biró a nélkül is tartozik megtenni. E figyelmeztetés nagy előnyére válhatik az alperesnek, midőn a biró a hivatalból vizsgálandó perakadályt elnézné, de azért jogilag a biró vizsgálata attól feltételezve nincs s épen ezért a perjog szempontjából teljesen közömbös. Ha ellenben a biró a perakadályt csak az alperes nyilatkozata folytán vizsgálhatja: a pergátló kifogás az alperes *kötelessége*. Ha ugyanis a perelőföltétel hiányzik, a melynek vizsgálatát az állam az alperes nyilatkozatához köti: a további birói eljárás az alperes nyilatkozatától függ. Szükséges tehát e nyilatkozást az alperes kötelességévé tenni, hogy a per létre jötte meg ne gátoltassék. E nyilatkozat elmulasztásának következménye az, hogy a per létre jön, habár valamely nem hivatalból figyelembe veendő perakadály fenn is forog.

A pergátló kifogás minden esetben az alperes indokolt nyilatkozata arra nézve, hogy valamely perelőföltétel nincs meg. Nem szükséges, bár szokás, hogy az alperes a kifogáshoz egy a bírósághoz intézett kérelmet fűzzön az iránt, hogy a bíróság a perakadályt figyelembe vegye. A bíróság az indokolt tagadó nyilatkozat folytán ezt tenni tartozik még akkor is, midőn oly perakadályról van szó, a mely épen csak az alperes tagadása folytán vehető figyelembe. Igy szorosan véve, nem is lehet beszélni az alperes kérelmére,[1]

[1] Ez azonban egy általánosan használt kifejezés, de a mely nem helyes, mert a dolog lényegét nem fejezi ki, sőt még számos tévedésnek a forrása.

hanem csak az alperes kifogása folytán figyelembe veendő perakadályokról.

A felperest ugyan nem terheli nyilatkozási kötelesség a pergátló kifogásra, hanem terheli őt a perelőföltétel *bizonyítása*. A felperesnek, legalább rendszerint, a perelőföltételt képező tényeket és cselekvényeket nem kell kereseti kérelmének indokolásaképen felhoznia, de azért, ha létezésüket az alperes tagadja, azok bizonyítása őt terheli. A bizonyítás a közönséges szabályok szerint történik, a melyektől ennélfogva itt eltekintünk.

A bíróság a perakadály létezését rendszerint a felek *meghallgatása* után állapítja meg. Ez a meghallgatás rendesen a per érdemének tárgyalása előtt történik s a bíróság a perakadály tárgyában is a per érdemétől elkülönítve határoz. Törvényeinkben ez a sommás eljárásra nézve általában csak a kifogás folytán figyelembe veendő perakadályokra nézve van kimondva (S. E. 28. §.); ugyanez áll a rendes pernek két, kifogás folytán figyelembe veendő perakadályára: az illetőség (N. 15., 16. §§.) és perbiztosíték (S. E. 220.) hiányára nézve. A hivatalból figyelembe veendő perakadályt a bíróság úgy a kereset elintézésekor (V. ö. T. 51. §.[1]), mint a per folyama alatt is bármikor, a felek meghallgatása nélkül is megállapíthatja, de előzőleg a feleket meg is hallgathatja.

Midőn a bíróság a perakadály tárgyában akár az alperes kifogása folytán akár hivatalból határoz, határozata azt a kérdést dönti el, vajjon a per elhárítható-e vagy sem? Midőn a bíróság kimondja, hogy a perakadály fenforog, az alperesről a per el van hárítva. Máskép az ellenkező esetben, ekkor az alperes a per lebonyolításánál közreműködni tartozik. Az alperesnek pergátló kifogása kizárólag a per elhárítására irányul, ellenkezőleg a felperes cselekvénye a perelőföltétel bizonyítása iránt. Jelenlegi jogunk szerint a bíróságnak a per elhárítása tárgyában hozott határozata *végzésnek*, a Terv. szerint, a már másutt kifejtett okoknál fogva, *ítéletnek* neveztetik.

## HARMADIK FEJEZET.

# A PERT MEGALAPITÓ CSELEKVÉNYEK.

### 24. §. A peralapításról általában és a peralapítást előkészítő cselekvények.

I. Ha a per elhárítása nem sikerül vagy nem szükséges, a per bizonyos cselekvények által létrejön.

A per létrejön: a felperesnek kérelme — keresete, a bíróságnak az alpereshez intézett parancsa által, nyilatkozni a keresetre és az alperesnek nyilatkozása által a keresetre. Ez a három cselekvény együttesen alapítja meg a pert azon feltétel mellett, hogy mind a két fél a bíróság előtt együtt jelen van. De miután a felek a bírósághoz peralapítás czéljából önként megjelenni nem szoktak, bár olykor megteszik (v. ö. S. E. 20. §. Terv. 143. §.), ezért a peralapító cselekvényekhez bizonyos, a peralapítást *elkészítő* cselekvények is járúlnak. Ezek a felperesnek kérelme a bírósághoz, hogy a feleknek a megjelenésre bizonyos határnapot tüzzön ki — idézési kérelem, a bíróságnak a felekhez intézett felhívása a megjelenésre, idézés és a bíróságnak felhívása a megjelent felpereshez keresetének előterjesztésére. Ezen cselekvények után következnek a peralapító cselekvények.

II. Itt előbb a peralapítást előkészítő cselekvényeket fogjuk egyenként megismertetni, a melyek azonban valamennyien nem mindig szükségesek a peralapítás előkészítéséhez. Ez, mint az alábbiakból kitűnik, a per szerkezetétől függ.

1. *Idézési kérelem.* A felperes puszta idézési kérelemmel a bíróság elé soha sem járulhat, hanem meg kell jelölnie az okot is, a mely miatt a feleket megidéztetni kéri. Ez az ok pedig a perbe vonandó *magánjogi viszony.* A bíróság csak olyan idézési kérelmet teljesíthet, a melyben e jogviszony is meg van jelölve,

mert a felek a bíróság előtt nem általában, hanem csak egy meghatározott magánjogi viszonyra való tekintettel tartoznak megjelenni. Itt eltekintünk attól, mert erről alább lesz szó, hogy ez a jogviszony miként jelöltessék meg. Bizonyos azonban, hogy a jogviszony megjelölését szokás az idézési kérelem lényegének tartani s épen azért már az idézési kérelmet szokás keresetnek vagy keresetlevélnek nevezni,[1] a mi ha minden megkülönböztetés nélkül történik, az idézési kérelem lényegét teljesen elfedi. Az idézési kérelemben csak akkor rejlik több, mint egyedűl kérelem a megidézés iránt, ha, miként a mi rendes perünkben az idézési kérelem egyuttal az első peralapító cselekvény, a kereset. A perfelvételi határnapon ugyanis a felperes keresetét nem terjeszti elő újból, hacsak keresetét meg nem változtatja, hanem a keresetlevél egyszerűen a percsomóhoz csatoltatik. (T. 129. §.)[2]

Még inkább elhomályosul az idézési kérelem lényege ott, hol a bíróság nem intéz parancsot a felekhez személyesen, a megjelenésre vagy pedig hol a bíróság azt a felekhez nem közvetlenül, hanem csak *közvetve*, az egyik fél közvetítésével intézi. Az előbbi esetben a fél nem kérheti a felek megidézését, mert a bíróság egyáltalában személyhez szólóan egy bizonyos napra nem idéz, hanem csak egy olyan cselekvényt kérhet, a melyből a felek a tárgyalás idejé-

[1] A Terv. is a *keresetlevél* kifejezést használja az idézési kérelem megjelölésére (129. §.), megkülönböztetésül a szóbeli tárgyaláson előterjesztendő keresettől. Ez ellen nem is lehet kifogást tenni. De a Terv. keresetlevelében az idézési kérelem mégis teljesen el van burkolva. Ugyanis tüzetesen meg van határozva, hogy a keresetlevélnek minő kellékekkel kell birnia (129. 130. §§.) csak az nincs közöttük, hogy a felperesnek kérnie kellene a felek megidézését. Pedig ez a lényeges. A Terv. ezt méltán mint magától értetődőt feltételezi az által, hogy a felperesnek a perfelvételi határnapon előadandó kérelmét már a keresetlevélben elő kell terjesztenie. Ebben az előterjesztésben foglaltatik az idézési kérelem is. De másrészt az is igaz, hogy ha a felperes az érdemleges kérelmet olykép terjesztené elő, hogy a felek meg ne idéztessenek, a bíróság a beadványt hivatalból visszautasítaná. S épen ez mutatja az idézési kérelem lényeges voltát, bár rendszerint el van burkolva. Az indokolásban azonban 141. l. a keresetlevél előkészítő természete helyesen van feltüntetve; sőt a S. E. ind. 71. l. mellékesen az idézési kérelem kifejezést is használja.

[2] Ez a tiszta írásbeliség folyománya. Ha a bíróság csak a felek iratait észleli és csak azokból következtet, teljesen fölösleges a felperes részéről egy *ismételt* irásbeli kérelem (kereset) a bíróság előtt, midőn a felperes attól, mi az idézési kérelemben foglaltatik, eltérni nem akar.

ről értesülhetnek, az utóbbi esetben a fél azt fogja kérni, hogy neki az idézés az ellenfélnek leendő kézbesítés végett kiadassék. (l. 2. p.).

A törvények ama rendelkezése, hogy az idézési kérelem a perbe vonandó magánjogi viszony *tüzetes megjelölése által indokoltassék* egészen helyes, ha a mellett a dolog lényegét szem elől nem tévesztjük. Ez az indokolás a per előkészítésének egy igen hasznos eszköze, mert így a bíróság és az alperes már jóval a per előtt értesülnek a per valószínű anyagáról, s így különösen az alperesnek már idejekorán lehet a védelemre elkészülnie. A jogviszony indokolása pedig az idézési kérelemben bizonyos *tényeknek* megjelöléséből áll, a melyekből a perbe vonandó jogviszonyt közelebbről meghatározzák (l. a 26. és 27. §§-t); áll továbbá azoknak a bizonyító eszközöknek megnevezéséből, s a mennyiben azok okiratok, ezeknek eredetben vagy másolatban való bemutatásából, a melyekből a jogviszonyt meghatározó tények valódisága kitűnik, ha azokat az alperes tagadná. (V. ö. S. E. 15. §. 3.; Terv. 129. §.). Ez az indokolás azonban a mi jogunkban nem alapszik az eshetőségi elven; azaz elmulasztásának nincs az a hatálya, hogy a felperes később az illető tényeket és bizonyító eszközöket nem hozhatná fel. E mulasztásnak csak az a következménye, hogy a mennyiben a tárgyalás elhalasztása válik szükségessé, a felperes az ebből felmerült költséget az alperesnek megtéríteni tartozik. (S. E. 26. §., Terv. 184., 440. §§.)[1]

Az idézési kérelem előterjesztésének következményei az újabb jogok szerint csak *magánjogiak*, azaz csak a perbevonandó magánjogi viszonyt érintik. De nem *perjogiak*,[2] vagyis sem a felsem pedig az alperesre semmiféle perbeli kötelességet nem ró-

[1] Ugyanez a *német* perr. 230., 245., 90. §§. és az *osztrák perr.* 226., 258., 142. §§. álláspontja. Másképen áll ez a tiszta irásbeliségnél fogva a mi *rendes perünkben*, hol a felperesnek az összes tényeket és bizonyító eszközöket, már az idézési kérelemben, a mely egyuttal a kereset is, kizárás terhe mellett kell felhoznia. T. 64., 156. §§. De feltalálható ez más perjogokban is, a melyek nem nyugosznak a tiszta irásbeliségen és a melyek szerint a felperesnek keresetét a szóbeli tárgyaláson elő kell terjesztenie. Például *olasz* perr. 176.; *baseli perr.* 37., 40., 84. §§.

[2] Jelenlegi jogunk szerint már a kereset *benyujtásának* is vannak perjogi következményei. Igy a bíróság *illetősége* a kereset benyújtásának időpontja szerint biráltatik el. V. ö. Nagy F. A polgári törvénykezés rendje 322. l. Továbbá a rendes perben a kereset benyujtásának időpontja

nak; mert magában véve az idézési kérelem előterjesztése sem a bíróságra, sem az alperesre semmiféle megterheléssel nem jár s így nem szükséges, hogy ezen tény alapján a felperes perjogilag kötelezetté tétessék, de viszont a felperesnek sem érdeke, hogy annak alapján az alperesre valamely perjogi kötelesség hárittassék. A magánjogi következmények lényege, a melyeknek részletezésébe itt nem bocsátkozunk, hogy az idézési kérelem előterjesztése az elenyésző magánjogi jogosítványt tovább fentartja vagy újabb jogosítványok keletkezésének alapját képezi.[1]

2. *Idézés.* Ezen második, peralapítást előkészítő cselekvény, a bíróság parancsa a felekhez megjelenésre. Fogalmilag az idézés mindig birói ténykedés, bár keresztülvitele különböző lehet. A mi jogunk szerint a bíróság közvetlenül, azaz a felperes közreműködése nélkül idézi az alperest s idéző parancsát mind a két félnek saját közegei által kézbesítteti. (T. 260. §.; Terv. 139., 147. §§.)[2] Másutt a bíróság idéző parancsát nem kézbesítteti a feleknek, ezek arról csak a bíróság helyiségeiben történt kifüggesztés utján értesülnek; másutt ismét a bíróság idéző parancsát a felperes kézbesítteti hatósági közeg által az alperesnek.[3]

döntő arra nézve, hogy melyik bíróság járjon el, midőn ugyanazon ügyletből több egyaránt illetékes bíróság előtt indítottak a felek egymás ellen pert; ilyenkor az a bíróság fog eljárni, a melynél a kereset korábban benyujtva lett. V. ö. T. 13. §. — V. ö. még Fodor és Márkus: A polgári törvénykezési rendtartás kézikönyve I. k. 104. l.

[1] Példák. Megszakíttatik az elévülés, V. ö. Váltó T. 87. §. Kamatok kamatja iránt a jogosítvány más megállapodás hiányában a kereset benyujtásával keletkezik. V. ö. 1868: XXXI. t. cz. 4. §. Személyhez kötött jogosítványok átmennek a jogutódokra, pl. kártérítési és visszakövetelési jog eljegyzés, illetve házasság felbontása miatt engedményezhető és átmegy az örökösökre 1894: XXXI. t. cz. 4., 89. §§. A magánjogi következmények a *római jog* szerint legnagyobbrészt a befejezett peralapításhoz fűződtek. L. azok tüzetes felsorolását Savigny: i. m. VI. 48—236. l. Egyesek azonban, nevezetesen az elévülés megszakítása, már a kereset kézbesítésével állottak be. Wieding: Der Justinianische Libellprocess 379. s k. ll.

[2] Ugyanigy osztrák perr. 130., 131. §§. Ez a régi magyar perjog álláspontja is. Frank: i. m. II. 96. l.

[3] Az előbbi történik Franciaországban, hol a bíróság a feleket nem idézi *egy meghatározott napra*, hogy azon indokolt zárindítványaikat (conclusions motivées) előterjesszék. Azok az ügyek, a melyekben a zárindítványok egy bizonyos héten előterjesztendők *egy jegyzékbe* (rôle) vétetnek fel, a mely kifüggesztetik; a zárindítványok azon a tanácsülésen (audience) adandók elő, a melyen az ügyre a jegyzék szerint a sor kerül.

A bíróság mindig *indokoltan* idéz. Az idézés indokolása az idézési kérelem (keresetlevél) közléséből áll. A bíróság soha nem idéz általában, hanem mindig a keresetlevél közlése mellett. (T. 129. §.; S. E. 15. §.[3])

Az idézéshez, nevezetesen a mi jogunk szerint az idézés kézbesítéséhez, már nemcsak magánjogi,[1] hanem perjogi következmények is füződnek. Egészen megfelelő, hogy a felekre, miután a bíróság őket már megidézte, az alapítandó perre való tekintettel bizonyos kötelességek háruljanak. Minden perjogi következmény a felekre nehezedő kötelességekből áll az állammal szemben; ilyenekből áll az idézés perjogi hatása is. E hatások jelenlegi jogunk szerint nem oly számosak, mint a helyesebb alapon nyugvó újabb jogokban. Nevezetesen az *illetőség* az, melyre nézve mostani jogunk szerint nem a keresetlevél kézbesítésének, hanem benyujtásának időpontja döntő. Most is azonban az idézés kézbesítéséhez két fontos következmény füződik. Az egyik, a mely az idézés természetéből foly, de a mely sem nálunk, sem másutt kifejezetten kimondva nincs: hogy a *felek tartoznak az idéző biró előtt megjelenni.*[2] A másik nem is első sorban az idézés-

De miután a bíróság elnöke a tárgyalandók jegyzékét azon felek közreműködésével készíti, a kik a tárgyalást sürgetik: a tárgyalás rendje előttük ez úton is ismeretes, miről az illető fél az ellenfelét értesíteni (avenir) tartozik. GARSONNET: i. m. II. 279. — A *német perrend* szerint pedig a bíróság tűzi ki a tárgyalás napját, de erről az értesítés a felperes dolga. Az értesítés pedig a határnappal ellátott keresetlevél kézbesítése által történik; a kézbesítést ismét a bíróság egy közege GERICHTSVOLLZIEHER végzi, a kit e czélból a felperes megbíz. 152., 191. §§. — A római jog szerint kettős idézés volt: *felperesi* és *hatósági*. Először a felperes idézte az alperest magán úton (denuntiatio ex iure actoris), s ha ez nem vezetett czélra, következett három, esetleg négy hatósági idézés (d. ex auctoritate). WIEDING: i. m. 549. s k. ll.

[1] Az idézés magánjogi következményeiből példaképen: a közkere-seti társaságnál a kizárt tag viszonyára a társasághoz a kizárás iránti keresetlevél kézbesítésének időpontjában fennálló vagyoni állapot az irányadó K. T. 105. §; mihelyt az átvevő kereset levele az áru kiadása iránt a fuvarozónak *kézbesíttetett*, ez a feladó utasításait többé nem követheti. K. T. 407. §.

[2] Egészen határozottan jut ez kifejezésre a mai jogokban különösen az alperest illetőleg. Az alperes a czélból, hogy a kitűzött határnapon a bíróság előtt meg fog jelenni, a *felperesnek semmi biztositékot sem tartozik nyújtani*. Ez a kötelezettsége egyszerűen alárendeltségi viszonyából az állammal szemben, foly. Más volt e részben a *római felfogás*. E szerint az alperes a *felperesnek szerződésileg kötelezte* magát a megjelenésre.

nek, mint inkább indokolásának a következménye, még pedig úgy a sommás, mint rendes perben: a *perfüggés*. (S. E. 27. §. 3. p.) — Epen arra való tekintettel, hogy a bíróság a feleket megidézi, s így azt is kijelenti, hogy az ügyben eljárni fog, szokás az idézéssel nevezetes perjogi hatásokat összekötni. A Terv. szerint nemcsak a perfüggés, de az illetőségre (144. §.) nézve is az idéző végzéssel ellátott keresetlevél kézbesítésének időpontja a döntő.[1]

Az idézés az alperessel szemben minden esetben a bíróság parancsa, a melynek folytán az alperes megjelenni tartozik. A felperessel szemben nem mindig, hanem csak akkor, midőn meg nem jelenésének az a következménye, hogy a bíróság az alperes kérelmére érdemlegesen is határoz. Különben pedig a felpereshez intézett felhivás, a melyben őt a bíróság arról értesíti, hogy mikor szabad keresetét előterjesztenie a nélkül, hogy ennek elmulasztása daczára az ügy érdemében határozhatna. (L. VI. fej.)

3. *Felhivás a felpereshez keresetének előterjesztése iránt.* Midőn a peresfelek a bíróság által kitüzött határnapon megjelennek, a felperes nem terjesztheti elő kereseti kérelmét akármikor, hanem be kell várnia azt, míg őt erre a bíróság az általa megállapított sorrend értelmében felhivja. (S. E. 24. §.; T. 222. §.) A bíróság ez a felhivása egy a felpereshez intézett parancs, akkor, midőn az által, hogy a felhivásnak eleget nem tesz, magát a meg nem jele-

E lekötelezés Marcus Aurelius reformja előtt, midőn az idézés — in ius vocatio folytán az alperesnek *azonnal* kellett mennie, a *vadimonium* volt, melynek adása által az alperes megszabadult az azonnali megjelenés alól, megjelennie csak később kellett. Marcus Aurelius után az alperesnek már nem kellett azonnal a felperest a bíróság elé követnie, a megjelenésre mindig egy későbbi határnap szolgált; de az alperes a felperesnek magát szerződésileg lekötelezni tartozott — *stipulatio iudicio sisti*, hogy a határnapon meg fog jelenni, a miről okiratot (cautio) is vettek fel. L. erről részletesen WIEDING: i. m. 184., 522. s k. ll. Ezt itt csak azért említjük fel, mert alkalmul szolgál nekünk annak kiemelésére, hogy a római per sok tekintetben át van hatva magánjogi elemektől, mert nemcsak a fentebbi, de sok más esetben is, bizonyos perjogi hatás a felek közt *kötött szerződéssel biztosíttatik*. Ez ma már nem áll. S épen azért nagy óvatossággal kell eljárnunk, midőn római perjogi szabályok alapján akarjuk a modern per jogi természetét is elbirálni.

[1] A német (235. §. 3.) és az osztrák perrend (235. §.) szerint az idézéssel ellátott keresetlevél kézbesítése után a *keresetlevél* meg sem változtatható. A Terv. szerint ez csak később áll be; a mi, mint alább kifejtjük, helyes is.

nés következményeinek teszi ki; de különben nem bir parancs jellegével. (L. előző p.). E felhivás, mint előkészítő peralapító cselekvény nem szükséges abban az esetben, midőn a kereset a felperes külön cselekvénye nélkül is előterjesztettnek vétetik, a midőn ugyanis a bíróság az idézési kérelmet kereseti kérelemnek is veszi, miként ez a rendes perben szabályként történik (T. 130., 132. §§.), sommás perben pedig akkor, ha a felperes az első tárgyaláson nem jelenik meg. (V. ö. S. E. 50. §.).

## 25. §. A peralapító cselekvények. A) A kereset.

*A kereset a felperes indokolt kérelme a bírósághoz az iránt, hogy a feleknek — a fel- és az alperesnek — cselekvését egy bizonyos magánjogi viszony tekintetében határozza meg.*

A kereset kérelem a bírósághoz jogsegély, az állam birói hatalmának gyakorlása iránt. Ezen oknál fogva, a kereset s felperesnek megengedett cselekvénye, illetve közjogi jogosítványa az állammal szemben, a mely által a felperes az államhoz fordul a felek cselekvésének meghatározása iránt, miután az önbiráskodás el van tiltva. Jellegét tekintve tehát, a kereset semmiben sem különbözik más kérelmektől (l. 7. §.), s igy jogi természetének további fejtegetésével itt nem kell foglalkoznunk. Hogy a kereset a felperes kérelme, az törvényeinkből is kitűnik, a melyek a kereset egyik kelléke gyanánt a felperes kérelmét tekintik. (T. 64. §., S. E. 15. §. 3; Terv. 130., 183. §§). De általában is szokás a kérelmet (petitum), a kereset egyik kellékének tekinteni. Igy azonban a gondolat nincs helyesen kifejezve; mert a kérelem maga a kereset, nem pedig annak csak egyik kelléke.

A kereset nem egyszerű, hanem *indokolt* kérelem. Az indokolás azon magánjogi viszony megjelöléséből áll, melyre vonatkozólag a felperes a felek cselekvésének meghatározását kéri. A bíróság a felek cselekvését egymással szemben soha sem állapítja meg általában, hanem mindig csak egy bizonyos jogviszonyra való tekintettel. A felperesnek tehát ezt a jogviszonyt, mint kérelmének okát meg kell jelölnie. Ez, habár másképen kifejezve, általában el van ismerve. Csak az a kérdés, hogy a félnek a jogviszonyt miként kell megjelölnie?

Minthogy minden jogviszony egy *tényen* alapszik, a melyhez jogokat és kötelességeket a törvény fűz: legtermészetesebb a jog-

viszonyt azon tény által megjelölni, a melyből keletkezett. Mi ezt a tényt a kereset *tényalapjának* nevezzük. Ezt a tényt a biró a jogszabály alá foglalja, s így megállapíthatja, hogy belőle jogviszony mennyiben keletkezett. A fél azonban a jogviszonyt, a tényből a jogszabályra vont következtetésnek felemlítése által is megjelölheti, vagyis a jogviszonyt azon műnévvel jelöli meg. melyet a jogszabály annak megjelölésére használ. Ez a következtetés képezi a *jogalapot.*[1] Rendszerint a fél mind a kettőt megjelöli a tényalapot és a jogalapot. Jelenlegi jogunk szerint a rendes perben mind a kettőnek megjelölése szükséges. (T. 64. §.); a sommás perben elegendő a tényalap megjelölése is (S. E. 15. §. 3. p.) Pusztán a jogalap megjelölése a mi nézetünk szerint nem elegendő. Ez a megjelölés csak következtetés bizonyos tényekből. A birónak meg kell győződnie arról, vajjon ez a közetkeztetés helyes-e, ez pedig csak az alapul vett tény előadása által lehetséges.[2] Sokszor azon-

[1] *Tényalap* és *jogalap* megkülönböztetése, bár nem mindig a fentebbi értelemben, nem új. L. Unger: System des österreichischen Privatrechts II. 452. s k. ll. különösen Wach: Vorträge 23. l. A tény- és jogalap közti különbséget a következő példák mutatják. A adott B-nek 100 koronát és B megigérte, hogy 100 koronát A-nak vissza fog adni; A azt állítja, hogy B, neki *kölcsönképen* 100 koronával tartozik. A kettő ugyanaz. Ott a tény, itt a tényből vont következtetés van a biró elé állítva. Hogy az előbbi kimerítőbb és megbízhatóbb, az kétségtelen. Mert lehet, hogy az, mit a fél kölcsönnek nevez, nem kölcsön, hanem letét, vételár, haszonkölcsön stb. A tény a belőle vonható jogi következtetéstől mindig különválasztható, bár ez sokszor nehéz.

[2] A nézetek ezen a ponton eltérők. Planck (i. m. II. 36. l.) és sok más író, kiket Planck idéz, abban a véleményben vannak, hogy a jogviszonyt megállapító *tényt* kell a keresetben megjelölni, melyet keresetalapnak (Klaggrund) neveznek. Wach (Vorträge 19. s k. ll.), Plósz (Beiträge 123. s k. ll.) és mások, a kiket Wach idéz, szükségesnek találják a jogviszonyt műnevével megjelölni s keresetalapnak is ezt nevezik. Ezen nézeteltérésre röviden a következőket jegyezzük meg. A mi a saját jogunkat illeti, mint fentebb kifejtettük, a tényalap megjelölése ugy a rendes mint a sommás perben szükséges. És ez az egyedül helyes. A Terv-ben szerzőjének, Plósznak álláspontja jut kifejezésre, a mely szerint «a jogot kell előadni, melyet a felperes érvényesíteni akar.» Azonban «a jog alakszerű megnevezése nem szükséges, hanem a jogállítást a kereset egész tartalmából kell megállapítani.» (130. §.). Ezt a mi műkifejezéseinkkel így mondhatjuk: szükséges a jogalapot megjelölni, de a jogalap pótolható a tényalap megjelölése által. A német perrend 230. §. 2. pontja iránt a nézetek eltérők. (L. a fentebbi írókat). Az osztrák perrend 226. §. a tény-

ban pusztán annak a ténynek megjelölése, a melyből a jogviszony keletkezett, nem elegendő, hanem ezen felül még más tények megnevezése is szükséges. Sőt vannak esetek, a melyekben a jogviszony keletkezését kizáró tények képezik a kereseti kérelem

alap megjelölését kivánja. Másik megjegyzésünk az, hogy a szóbeliségnél az idézési kérelem és a kereset különböző időre eső cselekvények lévén, csak az idézési kérelemben lehet elegendő a puszta jogalap megjelölése, ez az alperes tájékozására elegendő. Wach is különösen csak ezt tartja szem előtt. Ellenben a kereset előadásánál a szóbeli tárgyaláson a tényalap megjelölése is szükséges. A biró mindig csak bizonyos tények alapján itél, ezeket neki ismernie kell. Hogy ez az alperes tagadása vagy kifogása esetében mulhatlanul szükséges az iránt senkinek sem lehet kételye. Gyakorlati fontossággal a kérdés a *keresetváltoztatás*, a *mulasztás* és a *pe beli beismeres* eldöntésénél bir. Keresetváltoztatás az, ha a felperes a perbevont jogviszonyt másítja meg; de ez a megmásítás nem az által következik be, hogy a felperes a «jogállítást», a jogviszony műnevét változtatja meg, hanem az által, hogy más *jogviszonyt megállapitó tényt hoz fel.* (V. ö. PLANCK: i. m. II. 37. l.). Hogy különböző tényekből ugyanazon jogviszony keletkezhetnék, az soha sem fordul elő. Ez a kötelmi viszonyokra nézve minden kételyen felül, csak a dologbeli jogokra, különösen a tulajdonjogra nézve más a felfogás. (V. ö. különösen WETZEL: i. m. 153. PLANCK: i. m. II. 37. l.), a mennyiben itt tényleg azzal a jelenséggel állunk szemben, hogy a tulajdonjog különböző tények folytán keletkezhetik. Egy bizonyos dolog tulajdonjoga ugyan csak egy tény által szerezhető, de megszerezhető lett volna nem épen ezen, hanem más tény által is. Itt azonban figyelmen kívül hagyják, hogy a tulajdonjog a perben mindig egy *kötelmi jogviszonyt megállapító tény útján szerepel*, ez az u. n. *legitimatio passiva.* (V. ö. WETZEL: i. m. 150. l.). A ki egy bizonyos dolgot mint tulajdont egy másiktól követel, ezt mindig egy tény alapján teszi, melynél fogva az a dolgot kiadni tartozik (pl. letét, bérlet, jogellenes birtoklás stb.). De miután a czél elérésére nemcsak a felhozott hanem egy más tény is vezethet, ellentétben PLANCK-kel (i. m. 37. l.) megengedettnek tartjuk, hogy valaki a dolgot, melyet tulajdonának tart egymásután különböző tények alapján követelje, mert valamennyi csak ugyanazt az egy jogi hatást, a tulajdonjogot eredményezi. Lehetőnek tartjuk ezt nem azért, mintha ekkor keresetváltoztatás elő sem fordulna (v. ö. S. E. 31. §. 1.; Terv. 193. §. 1.), hanem, mert a fentebbi oknál fogva a keresetváltoztatás kivételesen meg van engedve. S ekkor s épen ezt akartuk kiemelni, közömbös, hogy a felperes mit hoz fel a kereset tényalapjául, miután a különböző tények egyaránt a tulajdonjogra vezetnek vissza. Másutt azonban ez már nincs így. A *mulasztásnál* is lehetséges, hogy a biró az egyik vagy másik félre a mulasztás következményeit kimondja, ámbár a jogviszony csak a műnevével van megjelölve. Lehetséges pedig azért, mert itt a biró a tényeket addig, míg csak

indokolását. Mindezt a következő §§-ban bővebben kifejtjük, itt csak annak megvilágítására hozzuk fel, hogy mennyire helytelen azt állítani, hogy a puszta jogállítás, — a jogalap — a keresetben elegendő, hogy továbbá a tényalap fogalmát nem lehet a fentebbi, habár kétség kivül leggyakrabban előforduló esetre, midőn a tényalap a jogviszonyt létesítő tények megjelöléséből áll, korlátolni. E fogalom sokkal tágabb. Tényalapnak ugyanis mindazokat a tényeket kell tekinteni, a melyek a kereseti kérelem indokolására abból a czélból szükségesek, hogy a bíróság a felek cselekvését egy bizonyos jogviszony iránt meghatározhassa és a melyeket a felperesnek az alperes tagadása esetében bizonyítania kell.

A jogviszony tényalapja által indokolt kereseti kérelemben azoknak a tényezőknek (l. 32. §-t) az állítása is foglaltatik, a melyekből a jogviszony jogi hatása függ. Ezeket azonban a keresetben felhozni nem szükséges, mert a tényalap mellett azok meglévőknek vétetnek. Van azonban különösen a marasztalás iránti kereseteknél egy tényező: hogy az *alperes nem teljesített* (l. még a következő §-t), a melyet a keresetben kifejezetten szokás felhozni,[1] a nélkül, hogy ezt a tényalaphoz tartozónak lehetne tekinteni, mert annak bizonyítása nem a felperest terheli. Ezt itt csak annak bővebb megvilágítására hozzuk fel, hogy nem minden eleme a kereseti kérelem indokolásának tartozik a tényalaphoz, hanem csak azok, a melyek tagadása esetén a bizonyítás a felperest terheli.

olynemű jogi következtetés általában helyt foglalhat, nem vizsgálja. De midőn a fél jogi következtetése általában semmiféle tény alapján nem lehetséges, a bírónak a tényt mulasztás esetén is vizsgálnia kell (T. 111. §.; S. E. 50. §.). Ugyanez áll a félnek *perbeli beismerésére* nézve. Ezen kivételektől eltekintve, áll a szabály, hogy minden jogviszony csak azon tény alapján birálható el, a melyből keletkezett, épen azért ezt, ha nem is az idézési kérelemben (keresetlevél), de minden esetre a keresetben elő kell adni.

[1] Annak állítása, hogy az alperes nem teljesített, a marasztalás iránti keresetben a felperes következtetésének egyik mulhatlan elemét képezi. Mert magától értetődő, hogy az alperest a bíróság csak akkor marasztalhatja, ha még nem teljesített. A nem teljesítés állítása már a római formula intentiojában is kifejezésre jut, pl. Si paret Am. Am. apud. Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse stb. Gaius IV. 37.; és a római jog óta minden marasztalás iránti keresetben feltalálható.

A tényalapot képező tényeken kivül a felperesnek a keresetet a tényalap valódiságát igazoló tényekkel, *bizonyító okokkal* és *bizonyító eszközök* megnevezésével csak akkor kell indokolnia, midőn a törvény, miként a mi T-unk (64. §.) a rendes perben, az eshetőségi elvet abban a szélesebb körben alkalmazza. A sommás perben és a Terv. szerint azonban ez nem szükséges, habár az idézési kérelem tartalmából az alperes a bizonyító eszközöket rendszerint már eleve megismeri.

A kereset alakja a tiszta irásbeliség mellett, *irat*, a melynek alakszerűségei a mi rendes perünkben részletesen vannak megállapítva (T. 65. §.). Vegyes alakkal biró perekben, a kereset alakja a szóbeli előadás, a mely szabad szóbeli előadás (S. E. 25. §.) vagy valamely irat felolvasása, esetleg egyszerű utalás az idézési kérelem tartalmára, midőn a felperes attól eltérni nem akar. (Terv. 183. §.)

## 26. §. Folytatás. A kereset fajai. Különösen kereset elmarasztalás iránt

A keresetnek, mint egy magánjogi viszony által indokolt kérelemnek tartalmát mindig az képezi, hogy a biró a felek *cselekvését* ama jogviszony tekintetében határozza meg. Miután pedig a két fél cselekvése egy bizonyos jogviszonyra vonatkozólag különböző lehet, a szerint a kereset tartalma is különböző. Végeredményben kettőre irányul: marasztalásra és megállapításra. S e szerint van kereset *marasztalás* és *megállapítás* iránt.

A felperes keresete akkor irányul elmarasztalásra, midőn a felperes a biróságot arra kéri, hogy az alpereshez parancsot intézzen, hogy az mint kötelezett, egy köztük fennálló jogviszony alapján a felperes, mint jogosult javára, valamit tegyen, ne tegyen vagy türjön. E kérelem azt a kérelmet is magában foglalja, hogy a biró annak a jogviszonynak létezését előbb derítse ki, miután a biró e nélkül a parancsot nem bocsáthatja ki. Azonban nem ez képezi az elmarasztalás iránti kereset lényegét; mert a biró ítélete nem véleménynyilvánítás arra nézve, hogy mi a felek jövendőbeli magatartása egy köztük fennálló jogviszony alapján, hanem hozzájuk intézett parancs követendő magatartásukra nézve. Ennélfogva a felperes kérelmének is erre kell irányulnia.

Az elmarasztalás iránti keresetnél a tényalap *mindig tényekből* áll, a melyek természete a jogviszony tartalma szerint külön-

böző. Ha a felperes keresete arra irányul, hogy az alperes valaminek tevésére köteleztessék: a kereset tényalapját egyedül az a tény képezi, a melyből az a kötelem, a melynek alapján az alperes valamit tenni tartozik, *létrejött*. Más tényezőknek felemlítése, a melyek annak előfeltételét képezik vagy jogi hatását nem korlátolják a vagy meg nem szüntetik, nem tartozik a kereset tényalapjához. Itt különösen csak azt említjük fel, hogy nem tartozik a kereset tényalapjához annak állítása, hogy az alperes nem teljesített, vagyis, hogy *jogsértést* követett el. — Ha pedig a felperes keresete az, hogy az alperes a felperes valamely cselekvényének türésére köteleztessék, a kereset tényalapja mindig két tény: az egyik, a melyből az alperes kötelezettsége a türés iránt származott, a másik, a mely által az alperes ezen kötelezettségét megszegte.[1] — Hasonlóképen két tény, a kereset tényalapja akkor is, midőn az alperes kötelezettsége valaminek nem tevésére irányult; ezek egyike az a tény, a mely az alperes kötelezettségét, valamit nem tenni, szülte, a másik az, a mely által az alperes ezt a kötelezettségét megszegte.[2]

[1] Ezen szempont alá esik a tulajdonjog korlátozásának megszüntetése iránti kereset (negatoria in rem actio). A felperesnek azt a tényt kell állítania, a melyből a tulajdonjog származott s az alperes azt a tényét, a melylyel a tulajdonjogot korlátozta. Más szempont alá esik az, ha az alperes azt állítja, hogy neki joga volt a korlátozásra. V. ö. WINDSCHEID: i. m. I. 679. l. Ide tartozik továbbá egy szolgalom iránti kereset, midőn az alperes a szolgalom folytán valamit tűrni tartozik. A kereset tényalapját egyrészt az a tény képezi, a melyből a szolgalom keletkezett, másrészt az alperes az a cselekvénye, a melylyel a türést megszakította. Az előbbi, a tulajdonjog, a szolgalom stb. állítása és bizonyítása az u. n. actív legitimatio. WETZEL: i. m. 150. s k. l.

[2] Hogy mely tények azok, a melyekből a felperes javára az alperes ellen jogosultság származik és hogy az alperes mely cselekvényei tekinthetők olyanoknak, a melyek által egy tűrésre vagy nem tevésre irányuló kötelezettségét megszegi, azt a magánjog vagy az egyes különös jogok (kereskedelmi, váltójog) szerint kell megitélni. Ennek részletezésébe itt nem bocsátkozhatunk. Kiemelni csak a következőket akarjuk. Midőn a felperes jogosítványa arra irányul, hogy az alperes valamit tegyen: az, hogy az alperes *nem teljesített*, még akkor sem tartozik a kereset tényalapjához, midőn a felek *kötbért* állapítottak meg vagy kikötötték, hogy a felperes az alperes nem teljesítése miatt elállhat (lex commissoria) s az általa teljesített értéket visszakövetelheti. Az azonban, hogy ilyen mellékkikötés a felek közt létrejött, minden esetre a kereset tényalapjához tartozik. Rendkívül sok nehézséggel jár a *gazdagodás* kiadása iránt

## 27. §. Folytatás. Kereset megállapitása iránt.

I. Ezen keresettel a felperes egy jogviszony létezését vagy nem létezését, egy okirat valódiságát vagy valótlanságát kéri kimondatni, abból a czélból, hogy közte és az alperes közt egy jövő elmarasztalás iránti pernek kimenetelét már eleve biztosítsa; vagy pedig egy jogviszony létezését avagy nem létezését kéri kimondatni abból a czélból, hogy az alperes, egy harmadik személy vagyonából való kielégítésének útjában ne álljon, avagy pedig, hogy az alperes a felperes vagyonát, mint saját adósának vagyonát kielégítésére végrehajtás utján ne fordítsa.[1]

indítható kereset tényalapjának meghatározása. E kereset esetei közül kettő bír legnagyobb jelentőséggel: az egyik, hogy a felperes teljesített abban a feltevésben, hogy az alperes iránti tartozását törleszti, holott őt ilyen nem terhelte; a másik, hogy a felperes valamely, egy *jövőben* elérendő jogi hatás czéljából teljesített, pl. hogy a teljesítés által egy jogosítványt, pl. örökséget, hagyományt stb. szerezzen, hogy egy jövőben létrejövő kötelezettségének törlesztésére fedezetet adjon stb. Az előbbi a római *condictio indebiti*, az utóbbi a *condictio ob causam datorum*. Amannál a kereset tényalapjához kettő tartozik: egyrészt az, hogy a felperes teljesített, másrészt, hogy nem volt jogi ok a teljesítésre. A condictio ob causam datorum-nál pedig — a vélemények azonban eltérők — csak az a tény a kereset tényalapja, hogy a felperes egy bizonyos czélra teljesített; ellenben nem tartozik oda az, hogy a tény, a melynek jövendő bekövetkeztére a teljesítés történt, nem következett be. V. ö. e kérdésekre nézve Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses 319. s k. ll.; Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast; Reinhold: Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast; Windscheid: i. m. II. 646., 656. ll. csak a gazdagodás kérdésére nézve. E munkákban, a legelsőt kivéve, a kérdések egészben véve az általunk kifejtett értelemben vannak eldöntve. Nagyon vitás az is, hogy mi tartozik a váltójog által adott gazdagodási kereset tényalapjához. Nézetünk szerint ehhez szükséges egyrészt az a tény, hogy a kibocsátó, illetve az elfogadó a váltóért értéket kapott, másrészt, hogy a váltó többé be nem hajtható, mert elévült, illetve késedelmes, a mely czélból annak felmutatása szükséges. Ezzel szemben az alperes csak azzal a kifogással élhet, hogy a felperes a gazdagodás megtérítését nem követelheti, mert az alperes *fizetett a váltóra*, a nélkül, hogy a váltó visszaadatott volna. V. ö. Plósz: A magyar váltójog kézikönyve 450. s k. ll. Nagy F.: A magyar váltójog kézikönyve 447. s k. ll.; ellenk. Schwarz: Magánjogi fejtegetések. 183. s k. ll.

[1] Ezt a helyes elvet, noha másképen kifejezve, a mely sokat hozzájárul a megállapítási kereset megértéséhez, Weismann munkájában: Die

Ezen meghatározás, a melyet a felperesnek a pernyertességhez megkívántató érdekének mejelölése által körülirtunk, bővebb megvilágítást igényel.

Vannak esetek, midőn a felperes bizonyos jogosítványát az alperes ellen per utján nem érvényesithetné, ha már eleve meg nem állapíttatnék, hogy köztük a jogviszony fennáll. Úgyszintén előfordul az is, hogy a felperes egy állitólagos jogviszony alapján az alperes javára elmarasztaltatnék, ha a felperes kérelmére a bíróság már eleve meg nem állapítaná, hogy köztük jogviszony nincs. A felperes tehát a megállapítási perrel biztosítani akarja azt, hogy egy általa indítandó elmarasztalás iránti perben az alperes *elmarasztaltassék* vagy pedig egy az alperes által ellene indítandó elmarasztalás iránti perben *el ne marasztaltassék*. Más szavakkal, biztosítani akarja egy általa indítandó elmarasztalási pernek sikerét vagy pedig azt, hogy egy az alperes által ellene indítandó elmarasztalás iránti per sikerre ne vezessen. De midőn a megállapítás iránti kereset közvetlen czélját ez képezi, azzal közvetve fölösleges elmarasztalás iránti perek elhárítása is biztosítva van. Mert ha már előre bizonyos, hogy egy elmarasztalás iránti pernek mi lesz a kimenetele, sokkal kevésbé lesz meg a felekben hajlam azt megindítani. Jövendő perek elhárítására a törvények már régóta gondoskodnak különféle eszközökről, mert az állam fontos érdeke, hogy perek minél kisebb számban forduljanak elő. Ma a perenkívüli eljárás különféle alakjai szolgálnak erre a czélra. Ezek azonban csak arra alkalmasak, hogy jogviszonyok úgy keletkezzenek, hogy azok fennállása és érvényesítése iránt kételyek ne merüljenek fel s hogy ennek folytán perindításra ok ne forogjon fenn. De midőn arról van szó, hogy létező vagy nem létező jogviszonyok alapján perek ne támadjanak vagy ha támadnak is, azok kimenetele már kezdettől fogva bizonyos legyen: arra csak a peres eljárás formái vehetők igénybe. A modern jogokat az jellemzi, hogy valamint az elmarasztalás iránti érdeket a legteljesebb mértékben védik: épúgy védik azt is, hogy fölösleges jövendőbeli elmarasz-

Feststellungsklage 153. l. találtuk. Meghatározásunk másik részét Weissmann még nem ismerte fel. Rendszerint az írók e keresetnek mind a két czélját figyelmen kívül hagyják és csak általában beszélnek a felperes érdekéről, a mi oka annak, hogy e kereset felől még most is igen ferde nézetek (l. alább) uralkodnak.

talás iránti perek a féltől elháríttassanak. Innen van, hogy a megállapítás iránti keresetet a legszélesebb körben engedik meg.[1]

A kereset másik czélja nem egy elmarasztalás iránti per kimenetelének, hanem egy idegen vagyonból való kielégitésnek biztosítása vagy annak, hogy vagyonunkat más, mint saját adósának vagyonát, kielégítésére ne fordítsa. Az ezen czélra szolgáló megállapítás iránti keresetek azzal a sajátszerűséggel birnak, hogy a kereset nem az ellen, illetve nem az által indíttatik, a kivel szemben a jogviszony fennáll, vagy a kivel szemben nem létezése állíttatik, hanem egy harmadikkal szemben, kire a jogviszony, mint annak alanyára vonatkozással nincsen, de a ki mégis azon közös vonatkozásnál fogva, a melyben mi és ő egy harmadik személy vagyonához állunk, vagyonunkat kevesbíthetne.[2]

Ezen szempontból kell meghatározni az egyes eseteket, a melyekben a megállapítás iránti kereset helyt foglalhat.

*a)* A felperesnek egy bizonyos jogviszony alapján az alperes ellen jogosítványa van, hogy ennek érvényesítését per útján a felperes biztosítsa, ama jogviszony létezését kimondatni kéri.

*b)* A felperesnek az alperes elleni jogosultsága egy ettől különböző, köztük fennálló, más jogviszony létezésének megállapításától függ. Hogy a felperes ama jogosítvány érvényesítését per útján biztosítsa, a feltételt képező jogviszony létezésének megállapítását kéri.

[1] A római jog megállapítás iránti kereseteket csak kivételesen ismer. A római jog szerint abból a czélból, hogy a jogosult a teljesítést maga részére biztosítsa, a kötelezettel külön ügyletet kötött, s ez volt a *cautio*; hogy pedig valaki egy harmadiktól származható károsodás ellen magát biztosítsa, abból a czélból vele szintén cautióra lépett, pl. Cautio damni infecti. A cautiok különböző fajaira nézve l. Windscheid: i. m. I. 442. l. A római cautiok czéljára nézve l. még különösen Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1., és 315. s k. ll. A rómaiak nem ismerték el általában jogi védelembe részesítendő érdeknek azt, hogy egy jövő, elmarasztalás iránti per kimenetele már eleve biztosíttassék egy korábbi perben történendő megállapítás által. V. ö. erre nézve bár máskép kifejezve Degenkolb i. m. 191. s k. ll. A megállapítás iránti kereset általános alkalmazása középkori eredetű V. ö. Degenkolb: i. m. 202. s k. ll. és Weismann: i. m. 109. s. k. ll.

[2] A német irodalomban ezt a keresetet, *Konfliktsklage*-nak nevezik, melynek természete felől egyébiránt a nézetek eltérők. L. Seuffert: Kommentar zur Civilprocessordnung für das Deutsche Reich 308. l.

*c)* Egy jogviszony létezésének megállapítását a felperes kéri nem azzal szemben, a kivel mint kötelezettel szemben a jogviszony fennáll, hanem kéri egy harmadikkal szemben. Kéri pedig vagy azért, mert α) ez a harmadik a kötelezett vagyonából való kielégítésének utjában áll, s ezt az akadályt el akarja hárítani, mint ez a csőd esetében előfordul, midőn a csődhitelezőnek követelése valódiságát vagy osztályozását a tömeggondnok vagy egy csődhitelező megtámadja s a megtámadott csődhitelező utasittatik perre. (Cs. t. 145. §.);[1] β) vagy azért, mert egy harmadik egy tulajdonát képező dolgot, idegen tartozás miatt kielégítési végrehajtás alá von, s ezt megakarja akadályozni, miként ez a mi jogunk szerint is az ingókra vezetett végrehajtás miatt indított *igényperben* történik. (V. T. 92. §.)[2]

*d)* A fel- és alperes közt nem áll fenn egy bizonyos jogviszony. De, hogy mégis a felperes egy ilynemű állítólagos jogviszony alapján az alperes javára el ne marasztaltassék, már eleve ama jogviszony nem létezését kimondatni kéri.

*e)* Az, hogy egy bizonyos jogviszonyból a felperest az alperes ellen kötelezettség nem terheli, sokszor csak úgy dönthető el, hogy megállapíttatik, mikép köztük egy más jogviszony sem létezik, mely amannak feltételét képezné. A felperes ezen feltételt képező jogviszony nem létezését kéri kimondatni, nehogy az állítólagos feltételezett jogviszonyból az alperes javára elmarasztaltassék.

*f)* Egy jogviszony nem létezését nem az kéri kimondatni, a ki abból egy másik javára elmarasztaltathatnék, hanem egy harmadik személy, a kinek az állitólagos jogviszonyból kötelezett személy vagyonából való kielégítésének épen ama másik utjában áll s ennélfogva az a harmadik ezen utóbbi ellen inditja a pert, hogy e között és az állitólagos kötelezett közt jogviszony nem forog fenn. Ez történik a csődeljárásban, midőn a megtámadott csődhitelező

[1] Igy Králik is. A csődtörvény 355. l. 2. kiad. Azt az esetet, midőn egy ingatlan elárvereztetvén, a sorrendi tárgyaláson a végrehajtást szenvedő által tett kifogás miatt a *hitelező* utasíttatik perre: mi nem ide sorozzuk, mert a megtámadott hitelező perét a *végrehajtást szenvedő*, nem pedig a többi hitelezők ellen indítja (V. T. 197. §.).

[2] Ingatlanokra vezetett végrehajtásnál támasztott igényper (V. T. 168. §.) nem tartozik ide V. ö. Keresztszeghy: A végrehajtási igényperek. A kérdést azonban túlnyomólag csak magánjogi és nem perjogi szempontból tárgyalja.

ellen a megtámadó tömeggondnok vagy csődhitelező utasíttatik perre (Cs. T. 145. §.[2]); továbbá a végrehajtási eljárásban, midőn az ingatlanokra vezetett végrehajtásnál a sorrendi tárgyaláson a megtámadó hitelező utasíttatik perre a megtámadott hitelező ellen. (V. T. 197. §.[2]).

Az első három esetben *(a. b, c)* a megállapítási kereset *tevőleges,* minthogy egy jogviszony létezésének kimondására van irányítva; a három utóbbi esetben *(d, e, f) nemleges,* mert egy jogviszony nem létezésének kimondására irányul.[1]

A megállapítás mindezen esetekben egy *jogviszonyra,* illetve egy tényre irányul, a melyből a jogviszony keletkezik vagy pedig egy tény hiányára, a mely a jogviszony keletkezését vagy fennállását kizárja. Egy oly tény iránt, a mely egy jogviszonyt sem az előbbi, sem az utóbbi értelemben nem érint, a megállapítás nem irányulhat, jóllehet ez a tény, mint *bizonyító tény* közvetve a jogviszonyra mégis kihat. E két tétel az ujabb törvényekben kifejezetten el van ismerve. (S. E. 16. §., Terv. 131. §.) Ez alól kivételt képez egy okirat kiállítása. Ugyanis kivételesen a megállapítási kereset az iránt is indítható, hogy egy okirat, mely bizonyító eszközül szolgálhat egy bizonyító tény tekintetében, *valódi* vagy *valótlan,* azaz tényleg attól származik, a ki kiállítójaként fel van tüntetve vagy ellenkezőleg nem származik tőle. (S. E. 16. §., Terv. 131. §.) Itt az okirat csak mint beismerő vagy mint tanusító okirat jön számba. A mennyiben az okirat rendelkező, egyuttal a jogviszony keletkezésének alapját képezi s mint ilyen nem a kivétel, hanem a fentebbi szabályok alá esik.[2]

[1] A nemleges megállapítás iránti kereset a régebbi, s ebből fejlődött ki a tevőleges. Weismann: i. m. 104. s k. l. E fejlődés a mi jogunkban is észlelhető. Az a két felhivási kereset, melyek a T. szerint megállapításra vezetnek (l. e. §. végét), nemleges megállapítási keresetek.

[2] A megállapítás iránti kereset mindig csak itélettel való megállapításra irányul és soha nem az ellenfél által való *elismerésre,* mint ezt egy téves elméleti felfogás alapján a német (231. §.) és az osztrák perrend (228. §.) rendeli. Ezek szerint a megállapítási kereset egy okirat valódiságának elismerésére s nem valódiságának megállapítására irányúlna. L. Seuffert: i. m. 312. l. Ugy a mi törvényünk (S. E. 16. §.), a Terv. 131. §. nemkülönben a német és az osztrák perrend abban a közös hibában szenvednek, hogy a czélt egész általánosan határozzák meg, melyből a kereset indítása meg van engedve. Hogy a felperesnek a megállapítás »*jogi érdeke*» legyen vagy, hogy az a felperes »jogviszonyainak biztosí-

II. Jogi természetét tekintve, a megállapítási kereset semmiben sem különbözik a többi kérelmektől. Ennélfogva a megállapítási kereset nem jogosítványa a felperesnek *az alperes ellen*, egy magánjogi viszony létezését vagy nem létezését *elismerni*, úgy, hogy a birói megállapítás ennek az elismerés iránti jogosítványnak csak megvalósítása volna. Itt röviden csak ezen utóbbi tételt kell megokolnunk. Egy jogosítvány, a mely természetesen csak magánjogi lehet, egy más magánjogi viszony létének vagy nem létének elismerése iránt nem létezik, ilyen a magánjog rendszerébe be sem illeszthető.[1] Ha ugyanis valakinek egy jogviszonyból jogosítványa van, ez önmagában rejti azt, hogy neki érvény szereztessék, hogy mi módon, ez az állam belátásától függ, akár elismeri azt az ellenfél, akár nem. Fölösleges tehát erre a czélra egy külön jogosítványt adni a jogosultnak: a másik jogositvány elismerését követelni. És viszont, ha valakit egy jogviszonyból egy harmadikkal szemben kötelezettség nem terhel, nem kell ehhez külön elismerés az utóbbi részéről arra nézve, hogy a kötelezettség nem áll fenn, mert hiszen a kötelezettség hiánya önmagában rejti azt, hogy a fél kötelezve nincs.

Ez annak daczára áll, hogy a felperes kérelme egy jogviszony létezésének vagy nem létezésének megállapítása iránt csak azon feltétel mellett vezet sikerre, hogy a felperesnek a megállapítás iránt *jogilag elismert érdeke* van. Hogy ez az érdek miben állhat, azt fentebb kifejtettük. De jogilag elismert érdek és jogosítvány nem azonos fogalmak; a kinek jogilag elismert érdeke van, annak még nincs szükségképen jogosítványa. Például az az érdeke a felperesnek, hogy közte és az alperes közt bizonyos kérdésre nézve felmerülendő elmarasztalás iránti per kimenetele biztosítva legyen, még nem jogosítványa a felperesnek az alperes ellen. Azonban ettől eltekintve, a jogi érdek fenforgása csak a megállapítási kereset sikeréhez szükséges, de nem ahoz, hogy a kereset megindítható legyen. Hogy az állam a keresetindítást általában jogi érdek kimutatása nélkül is megengedi, feltéve, hogy jogi érdek mégis fenforoghat, azt és annak okát már ismételten kifejtettük. S ebből

tására» vagy «jogállapotának biztosítására» szükséges legyen, miként ezt a S. E. illetve Terv. rendelik, nem nyújt kellő tájékozást arra nézve, hogy a megállapítás épen csak az általunk megjelölt czélokból foglalhatna helyt.

[1] WINDSCHEID: i. m. I. 119. l.

következik az is, hogy habár az, hogy a felperesnek jogi védelemben részesülő érdeke legyen, a megállapítási kereset sikeréhez szükséges, de nem kivántatik ahoz, hogy ez a kereset indítható legyen. A bíróság ugyan csak akkor fogja egy jogviszony létezését vagy nem létezését, egy okirat valódiságát vagy valótlanságát megállapítani, ha a per folyamán kiderül, hogy a felperesnek a jelzett czélok valamelyikéből erre valóban szüksége van; de a keresetindításkor ezt a bíróság nem vizsgálja.[1]

[1] Meghatározásunk a megállapítási kereset természete felől lényegesen eltér az eddigi s egymástól nagyon különböző nézetektől. Degenkolb: (i. m. 516. s k. ll.) szerint a megállapítási kereset jogosítvány a *biztosításra*, melyet legteljesebb mértékben az itélet nyújt. Ezen jogosítványnál fogva a megállapításra, az alperes tartozik perbe bocsátkozni és a megállapítandó jogállapotot elismerni. De a jogosítvány a megállapításra nem az alperes beismerő nyilatkozata által lesz kielégítve, hanem a megállapító itélet által. Plósz kezdetben azt vallotta, hogy a megállapítási kereset nemcsak jogviszonyokra, de tényekre is irányúlhat (Magy. Igazságügy V. 239.). Később azonban ő is a megállapítási kereset alapjául egy *elismerési jogositványt* vesz fel, mely nem más mint biztosítási jog; az elismerési jog egy tartós, állandó elismerésre irányul. Egy oly állapotot kell létesíteni, a mely a kötelezett el nem ismerését hatálytalanná teszi, a mely a jogosultat az el nem ismerés következményei ellen egyszer mindenkorra megvédi. Ehez képest az itéletnek marasztalást kellene tartalmaznia biztosíték adásra. Hogy ez nem történik, ennek oka az, hogy a megállapítás az itéletben már maga a biztosítás s az ilyen itélet végrehajtását önmagában rejti. (Magy. Ig. XI. 560. s k. ll. és Beiträge 169. s k. ll.) Degenkolb és Plósz közt nincs lényeges különbség, mind a kettő a megállapításra való jogosítványt biztosítási jogosítványnak mondja; az, hogy előbbi szerint a biztosítási jogosítvány a biztosítandó állapot elismerésére (Bejahung), az utóbbi szerint pedig biztosíték adásra irányul, nem lényeges különbség. Weismann többször idézett munkájában Windscheidot (i. m. I. 119. l.) követve a megállapítási keresetet *perjogi alakzatnak* mondja; egy későbbi értekezésében Haupintervention und Streitgenossenschaft ezt a nézetet megváltoztatja s a megállápítási keresetet jogositványnak mondja, de nem elismerésre, hanem *megállapító itéletre* (77. s k. l.) De e mellett azt a helyes, korábbi értekezésében kifejtett gondolatát, hogy a megállapítási kereset *peranticipetiora* irányul, továbbra is fentartja (153. l.). A német perrend javaslatának indokolásában is a megállapítási kereset alapjául, jogosítvány a megállapításra van feltüntetve, melynek megsértése miatt indítható meg a kereset. Hahn: Materialien stb. II. k. 1. r. 257. l. — Mindezen nézetek szerint a megállapításra való jogosítvány, jogosítvány az *ellenféllel* szemben. Ellentétben ezekkel Wach: Der Feststellungsanspruch 11. s k. ll. a megállapításra való jogosítványt az *állammal* szemben fennálló jogosítványnak tekinti, mely az állam ellen fennálló jogvédelem

III. Ezzel kapcsolatban kell meghatároznunk azt, hogy mi képezi a megállapítás iránti kereset *tényalapját.* Ez a kérdés, a mely a bizonyítás szempontjából is nagyon fontos, itt épen olyan nehéz, mint az elmarasztalás iránti keresetnél. E tekintetben mindenekelőtt különbséget kell tenni a tevőleges és a nemleges megállapítás iránti kereset közt. Az előbbinél a tényalap kettős. Egyrészt úgy mint a marasztalás iránti keresetnél egy tény, a melyből a megállapítandó jogviszony ered s a melynek alapján a felperes jogosítva van az alperes vagy egy harmadik peren kivül álló személy ellen. Másrészt pedig egy más tény, a mely gátolhatná, hogy a felperes, jogosítványa alapján az alperest egy jövőben indítandó perben elmarasztaltassa vagy pedig, mely előidézné azt, hogy az alperes, habár a jogviszonyból nem kötelezett, de egy harmadik egyén vagyonához való közös vonatkozásánál fogva a felperessel, abból a vagyonból, a felperes hátrányára nyerne kielégitést, avagy épen a felperes vagyonából elégíttetnék ki. A nemleges megállapitás iránti keresetnél szintén kettős a tényalap. Egyrészt egy meghatározott jogviszony *nem létezésének az állítása,* oly értelemben, hogy az alperesnek jogosítványa nincs a felperessel, illetve egy harmadik egyénnel szemben. Másrészt pedig egy más tény megtörténtének az állítása, a mely tény, egy az alperes által véghez vitt cselekvény s a melynek folyományaképen az történhetnék meg, hogy a felperes az alperes javára, egy az utóbbi által indítható perben elmarasztaltatnék vagy pedig, hogy az alperes végrehajtás útján a felperes vagyonából végrehajtés útján magát kielégíttetné vagy végül, hogy az alperes egy harmadik egyén vagyonából a felperes kárára elégíttetnék ki. Hogy mind a két megállapítás iránti keresetnél a jogviszony létezésének, illetve hiányának állításán kivül még egy más tény megtörténtének az állítása szükséges: ez a megállapítás iránti kereseteknél megkivántató jogi érdeknél fogva van. A felperes nem kérheti, hogy a bíróság mondja ki, mikép neki jogosítványa van vagy pedig, hogy az alperesnek jogosítványa nincs, ha e mellett nem állit egy tényt, a mely a felperes

iránti jogosítványnak csak alfaját képezi s a melynek előfeltétele, hogy a félnek a jogvédelem érdekében álljon. Nézetünk szerint azonban a kereset megállapítása, sem nem jogosítvány az ellenféllel szemben, az állammal szemben, csak annyiban, mint más kérelem. KOHLER: Processrochtliche Forschungen 63. s k. ll. sem tekinti annak, gondolata azonban egészen más mint a mienk.

jogosítványának érvényesítését per vagy végrehajtás útján veszélyezteti vagy az ő elmarasztalását vagy követelésének kellő ki nem elégítését idézheti elő.[1]

IV. A marasztalás és megállapítás iránti keresetek fogalmából kitűnik a kettő közötti különbség is. S ez az, hogy míg az előbbinél a felperes az alperes ellen egy oly parancs kibocsátását kéri, a mely szükség esetén kényszerrel is végrehajtandó: addig az utóbbinál a felperes a bíróságtól csak egy olyan parancs kibocsátását kéri, a mely egy jövő elmarasztalás iránti perben a birói parancs kibocsátásának vagy pedig a csőd vagy végrehajtási eljárás folyamán a mi módon való kielégítésnek alapját képezze. Itt tehát a kérelem nem olyan kijelentésre irányul, a melyet kényszerrel lehetne végrehajtani. Ezen különbség még határozottabban nyilvánul az elmarasztaló és a megállapító itéletnél; erre a 43. §-ban még visszatérünk.

A megállapítás iránti kérelem, mint *önálló kereseti kérelem*, kifejezetten kimondott rendelkezés alapján szerepelhet a sommás perben (S. E. 16. §.[1]);[2] a Terv. 131. §-a szerint pedig önálló per alapjául a törvényszékek előtt is szolgálhat. *Halmozottan* marasztalás iránti kérelemmel, a megállapítás iránti kérelem a sommás és a rendes perben szintén egyaránt előfordul olyképen, hogy a felperes előbb megállapítást, azután pedig marasztalást kér. Ezenfelül a két kérelem *esetlegesen* is előterjeszthető. A felperes ugyanis kéri első sorban az alperes bizonyos irányú elmarasztalását s a mennyiben ennek az alperes eleget nem tenne, kéri egy más irányban a megállapítást. Sőt a rendes eljárásban a két kérelem-

[1] Szemelvények a birósági gyakorlatból: a felperes az iránt indíthat pert, vajjon létre jött-e közte és az alperes kőzt «alkalmi egyesülés iránt véglegesen megállapított szerződés vagy nem?» C. 630/90. MÁRKUS: II. 243. l. A végrendelet értelmének megállapítása iránt indítható kereset C. 3405/87. U. o. 245. Általában «szerződési jogviszony fennállásának kimondása iránti praeiudicialis keresetet az alaki jog ki nem zárja.» C, 3574/86. U. O. 245. L. még. C. 2952/89. U. O. 244. l.; továbbá C. II. 6/95., I. 202/95., I. 72/96. FABINY: A m. kir. Curia felülvizsg. tanácsa határ. gyűjteménye. 6., 160., 204., 290. ll.

[2] A Curia 36. sz. teljes ülési döntvénye szerint *a rendes perben* is helyt foglalhat. MÁRKUS: Felső bíróságaink elvi határozatai I. 42. l. A gyakorlatban nem is lehetne nélkülözni. Gondoljunk csak azon sűrűn előforduló perekre, a melyekben a fél egy jogügylet érvénytelenségét kéri kimondani. L. még FODOR és MÁRKUS: i. m. I. 159. s k. ll.

nek ilyen módon való összefoglalása, mi rendszerint még egy más pert szül, van hivatva az önálló nemleges megállapítás iránti pert pótolni,[1] de ez a sommás eljárásban meg lévén engedve, itt a nemleges megállapítás czéljából a két esetleges kérelem előterjesztése nem szükséges. (V. ö. S. E. 16. §.[3]).

A marasztalás és megállapítás iránti keresetek viszonya ugyanegy jogviszonyra nézve az, hogy e két kereset egymástól teljesen *független*. Nevezetesen nem áll az, hogy midőn a fél egy

[1] Ez előfordul a következő felhívási perekben. A felperes kéri, hogy a kérkedő alperes kötelezteessék (marasztalás) perét megindítani, ha nem teszi, következik az esetleges kérelem: mondja ki a bíróság «a vitatott jogot a kérkedőre örökre érvénytelennek.» (T. 514. §.) (Megállapítás). A felperes számadást terjeszt elő, s kéri a bíróságot, az alperest arra kötelezni, hogy a számodást vagy *helyeselje* vagy pert *indítson* (marasztalás), ha nem teszi (esetleges kérelem), mondja ki a bíróság a számadást helyesnek. (N. 85. §.) (Megállapítás). Midőn ezen utóbbi perben a felperes a számadás *helyeslését* kéri, egy ilyen természetű nyilatkozattételre kéri az alperest elmarasztalni, s nem kér első sorban megállapítást. Jól megjegyzendő itt, hogy midőn a *számoltató* kéri az alperest a számadás előterjesztésére vagy a számoltató által felszámított összeg megfizetésére kötelezni (N. 81—84. §§.): ő *kettős elmarasztalás* iránti kérelmet, a melyek közül az egyik esetleges, terjeszt elő. Ez a felhívási per tehát esetlegesen sem irányul megállapításra. A felhívási pereket az jellemzi, hogy a kérelmek esetleges előterjesztése: marasztalás, esetleg megállapítás, vagy egy bizonyos marasztalás esetleg más marasztalás, *több külön perre* vezethet. A felhívó által indított per előidézhet egy a felhívott által indítandó pert, miként ez a joggal való kérkedés esetében előfordul, midőn a felhívott a jogérvényesítése iránt a pert megindítja, vagy midőn a számadó által indított kereset folytán a számoltató egy ujabb perben ellenvetéseit előterjeszti. Továbbá a felhívó által indított per előidézhet egy ugyancsak általa indítandó ujabb pert, midőn a számoltató kéri a számadás előterjesztését, a számadó azt bemutatván, a felhívó számoltató a bemutatott számadást egy ujabb perben támadja meg. Ezeket a többszörös pereket szűnteti meg a S. E. 16. §[3], midőn kimondja, hogy a sommás eljárás alá tartozó ügyekben nincs felhívási per. Az, a mi a felhívási perekben a rendes eljárásban több perben tárgyaltatik, az sommás eljárásban egy és ugyanazon per keretén belül intéztetik el. Sőt a joggal való kérdés esetében a felhívási pernek megfelelő kérelem el is marad, a fél azonnal a kérkedő követelésének nem létezése iránt indítja a pert. Hogy a felhívási pert pótló nemleges megállapítási kereset az alperessel szemben nagy szigort rejt, mert követelését *ugyanazon per folyamán* marasztalási esetleg megállapítási keresettel érvényesíteni kénytelen, az kétségtelen. L. még Degenkolb: i. m. 226. s k. ll. V. ö. e kérdésre különösen Wach: Feststellungsklage 61. s k. ll.

bizonyos jogviszony iránt elmarasztalás iránt indithatna keresetet, nem indíthat megállapítás iránt keresetet és hogy ennélfogva ez az utóbbi kereset csak mint *kisegítő, esetleges* szerepelne a marasztalás iránti kereset mellett, csak akkor lévén igénybe vehető, midőn marasztalás iránt még nem lehet sikerrel perelni. Mindegyik keresetnél egészen különböző érdekek védelméről van szó. Leginkább nyilvánvaló ez akkor, midőn a félnek olyan egyének ellen kell megállapítási keresettel fordulnia, a kik vele jogviszonyban nem is állanak s így azoknak elmarasztalása iránt pert indítani nem is lehet. A bíróság nem fogja a felet elutasítani azzal, hogy indítson pert elmarasztalás iránt és a jogerős elmarasztaló itélettel védekezzék harmadik egyénekkel szemben is. Másfelől azonban kétségtelen, s ezt a fentebbiektől jól kell megkülönböztetni, hogy egy ügyben hozott jogerős marasztaló itélet után, a benne rejlő megállapításnál fogva, egy ujabb per megállapítás iránt egészen fölösleges s így ennek nem lehet eredménye egy ujabb megállapító itélet. (L. a 43. és 44. §§.)

## 28. §. *B)* Parancs az alpereshez nyilatkozásra.

Az alperesnek kötelessége a felperes keresetére nyilatkozni. Az alperesnek ez a kötelessége ugyan a törvényen alapszik, a biró a feleket a törvény rendelkezésén kivül nem szoríthatván nyilatkozásra; de viszont a törvényen alapuló nyilatkozási kötelesség következményei csak akkor állanak be, ha a feleket a biró nyilatkozásra felhivja, nekik a nyilatkozást megparancsolja. Azonban a nyilatkozásra való parancs az alpereshez nem intézendő szükségképen közvetlenül a kereset előterjesztése után s így az, mint egyik peralapító cselekvény kevésbé tünik fel. A szóbeli pereknél ugyanis akkor, midőn a biró az ügyet *felhivja* (S. E. 24. §.; Terv. 223. §.), nemcsak a felperest hivja fel a kereset előterjesztésére, hanem ebben hallgatag az alpereshez intézett parancs is rejlik az előterjesztés után a keresetre nyilatkozni. Ha azonban az alperes a kereset előterjesztése után még sem nyilatkoznék, a nem nyilatkozás következményeit a bíróság ellene még sem mondhatná ki előbb, mielőtt neki a nyilatkozást *kifejezetten* megparancsolta volna (v. ö. S. E. 61. §.[1]), s itt a birói parancs az alpereshez mint peralapító cselekvény egész határozottan lép előtérbe. Ez a parancs azonban nem peralapító cselekvény, midőn a törvény, miként

nálunk a rendes perben, az idézési kérelmet keresetnek tekinti, s hol ennélfogva külön parancs a kereset előterjesztésére, mint a peralapítást előkészítő cselekvény és a kereset külön előterjesztése, mint peralapító cselekmény elmaradnak. Itt az alperes már az idézésben foglalt parancsnál fogva tartozik a keresetre nyilatkozni, a nélkül, hogy a bíróságnak hozzá külön parancsot a nyilatkozásra intéznie kellene.

## 29. §. *C)* Perbebocsátkozás.

A perbebocsátkozás az alperes nyilatkozása a kereset tényalapjára és ennek jogi hatására. E nyilatkozat pedig abból áll, hogy az alperes a kereset tényalapját s ezzel együtt jogi hatását valónak mondja, *beismeri* vagy pedig a tényalapot s vele együtt jogi hatását is valótlannak mondja, *tagadja* vagy végül csak a tényalap *jogi hatását tagadja*, bizonyos tények hiánya folytán, a melyek jogi hatásának előfeltételét képezik vagy bizonyos tények miatt, a melyek jogi hatását megszüntetik avagy korlátolják. Beismerés, tagadás vagy csak a jogi hatás tagadása tehát azok a nyilatkozatok, a melyekből az alperes perbebocsátkozása állhat s a melyek tartalmát a 32. §-ban fogjuk behatóan ismertetni, miután előzőleg más kérdéseket kell kifejtenünk.

Így mindenekelőtt azt, hogy ezen három nyilatkozat valamelyike a perbebocsátkozást teljesen kimeríti, úgy, hogy több, nevezetesen a kereseti kérelemmel szemben, *ellenkérelem* előterjesztése a perbebocsátkozás fogalmához nem tartozik.[1] Továbbá az alperes perbebocsátkozik, ha akár beismer, akár pedig tagad. Nem tartozik tehát a perbebocsátkozás fogalmához, hogy az alperes csak a tényalapot tagadja, de az sem, hogy *mindenesetre* a belőle vonható jogi következtetést, az ú. n. *jogállítást* tagadja.[2] Ez legalább

[1] A S. E. 27. §. és a Terv. 190. §. az alperes «ellenkérelméről» szólanak. Ezen §§-ban e kifejezés nemcsak a perbebocsátkozásra vonatkozik, hanem azt is jelenti, hogy a menynyiben az alperes a perbebocsátkozáson *kivül mást* is akar előterjeszteni, pl. viszonkeresetet, erre vonatkozó kérelmét (ellenkérelem) adja elő. De pusztán a peralapításhoz ez az idézett §§. szerint sem szükséges, mert a bíróság a perbe bocsátkozó nyilatkozat alapján eljárni fog a nélkül, hogy ezt még külön is kérni kellene.

[2] Ezt egy ma nagyon elterjedt nézettel szemben hozzuk fel, a mely szerint az alperes perbebocsátkozása a felperes *jogállításának tagadásából* állana. Ezt különösen Wach: Grünhut-féle Zeitschr. VI. 522. s k. ll. és

a mai jogokra nézve nem mutatható ki, mert ma a biró ép úgy hoz itéletet akkor, ha az alperes beismer, mint akkor midőn tagad; annak jogi hatálya közt az előbbi és utóbbi eset szerint nincs semmi különbség. Ha pedig látjuk, hogy a perben tett beismerés csak úgy vezet itélethez, mint a tagadás: akkor szükségképen előáll a következmény, hogy a per akár a beismerés akár a tagadás által egyaránt van megalapítva, s így az alperes perbebocsátkozása akár az egyikből, akár a másikból állhat. Erre az eredményre

Plósz: Beiträge 123. s k. ll.: tanítják. L. ezek ellenSchultze: Das Deutsche Konkursrecht 114. s k. ll. és Planck: i. m. I. 283. s k. ll. mindegyik más szempontból. A római jog szerint csak a confessio in iure certi zárta ki a pert s vezetett azonnal végrehajtásra; egy incertumra irányuló c. in iure azonban nem. Demelius: Confessio 146. s k. ll. S így még a római jog szerint sem áll az, különösen a formuláris pert tartva szem előtt, hogy a perbebocsátkozáshoz mulhatlanul az alperes tagadására lett volna szükség. Még kevésbé mutatható ez ki az egyházjogra nézve, a források a perbebocsátkozást mintegy külön határnapon végbemenő alakszerűséget megkívánják, a mely a további nyilatkozásnak előfeltételét képezi, cap. 2. de confensis in VI. 2. 9., de sehol sem mondják, hogy a perbebocsátkozó nyilatkozatnak tagadásnak kellene lennie. Egybehangzólag a perbebocsátkozást a felperes keresetének előterjesztésében és az alperesnek erre adott *válaszában* látják, per petitionem in iure propositam et *responsionem secutam* litis contestatio fiat. cap. un. X. de lit. cont. (II. 5.), cap. 54. §. 3. X. (I. 6.). A válasz (responsio) pedig nem szükségképen tagadás. Még szembetünőbb ez a Clem. Saepe — cap. 2. Clem. V. 11. — óta, a mely nem ugyan a perbebocsátkozást általában, mint tévesen mondja, hanem csak az alakszerű perbebocsátkozást eltörölte. A glossatorok sem tekintették a perbebocsátkozás lényege gyanánt a tagadást, hanem megkülönböztettek l. c. *affirmativát*, a mely az alperes beismerésében és l. c. *negativát*, a mely az alperes tagadásában áll. Az újabb írók azonban mégis általában tanítják, hogy a peralapításhoz a felperes kérelmével ellenkező kérelem, *ellenkérelem* szükséges, melyben az alperes kifejezi, hogy *vitába* bocsátkozni akar. Mert ha alperes nem vitat, nincs per. L. különösen Savigny: System VI. 9. s k. ll. Wetzel: System 117. s k. ll. Unger: System II. 519. s ll. Az ellenkező nézet, melyet mi is követünk, mégis a *gyakorlatban* általános elismerést nyert. Bayer: i. m. 584. l. is kiemeli ezt, noha maga részéről az előbbi nézetet tartja helyesnek. Régibb jogunk a Clem. Sæpe előtti felfogást követte, a melynek értelmében a perbebocsátkozás egy külön határnapon végbemenő ünnepélyes cselekvény volt és Kitonich i. m. 119. 206. ll. tanítása szerint lehetett beismerés vagy tagadás (affirmativ vagy negativ). Hasonlóképen Kelemen: i. m. IV. 150. l. Frank: i. m. 136. l., már nem világos. Szerinte «*a derék felelet, a per érdemébe bocsátkozó, érdembe vágó felelet*». Egy szóval sem mondja, hogy annak vitatásnak, ellenvetésnek kellene lennie. Lehet tehát beismerés is.

jutunk, ha a pernek czélját is vesszük figyelembe. A per csak arra szolgál, hogy a bíróság a felek cselekvését egy magánjogi viszonyra vonatkozólag határozza meg. Ehhez azonban nem szükséges, hogy az alperes ama jogviszonyt tagadja; a bíróság akkor is határoz, ha az alperes azt beismeri.

A perbebocsátkozás az alperes kötelességszerü cselekvénye az állammal szemben. Ezt a kötelességet a törvény azért rójja az alperesre, mert a felek kölcsönös meghallgatását eljárásának alapja gyanánt fogadta el. Mindenütt, a hol az eljárás ezen az alapelven nyugszik, a perbebocsátkozás az alperes kötelessége. A perbebocsátkozás tehát nem a felperes és az alperes együttes cselekvénye s igy a perbebocsátkozás nem kétoldalú, hanem csak egyoldalú perbeli cselekvény. S ez nemcsak az irásbeli perben áll, midőn az alperes a nélkül nyilatkozik, hogy a felperesnek keresetét ismételten is előterjesztenie kellene, hanem akkor is, midőn az alperes annak folytán nyilatkozik, hogy a felperes keresetét a bíróság előtt szóval is előterjesztette. A kereset mindig csak előfeltétele a perbebocsátkozásnak. A perbebocsátkozás csak akkor volna kétoldalú cselekvény, ha a perben a fel- és alperes jogviszonyba lépnének. De ez, mint tudjuk, nem történik.[1]

A perbebocsátkozás iránti kötelesség megszegésének következményei különbözőképen vannak szabályozva. A római és a canonjog s általában a középkori jogok *kifejezett* nyilatkozást kivánnak, úgy hogy ha az alperes kifejezetten nem nyilatkozik, a per létre sem jöhet, de az alperest a peren kivül fekvő joghátrányok érik.[2] Egyes esetekben azonban mégis a pert engedik lebonyolítani, habár az alperes kifejezett perbebocsátkozó nyilatkozata el is maradt, olyképen, hogy a bíróság megengedte, mikép a felperes a

[1] Ezt az uralkodónak mondható nézettel szemben állítjuk, a mely szerint a perbebocsátkozás a felperes és az alperes együttes cselekvénye. V. ö. WETZEL: i. m. 122. l. E tétel a római jog félreértésén alapszik s különösen kifejezésre jut az egyházjogban (l. a fentebb idézett forrásokat).

[2] A római jog szerint a prætor beutalta a felperest a nem védekező alperes (indefensus) vagyonába (missio in bona). Sőt egyes esetekben az alperest kényszerrel is lehetett a bíróság elé állítani N. LIII. 4. A canonjogra nézve l. különösen cap. 5. X. de lit. cont. (II. 5.). A joghátrány, a mely itt a perbe nem bocsátkozó alperest éri, missio in bona vagy egyházi átok. V. ö. különösen WETZEL: System 612. s k. ll.

tényalapot *bizonyítsa*,[1] úgy fejezvén ezt ki, hogy a per perbebocsátkozás nélkül is létre jön. Ez idővel általánossá lett, s az alperes ellen a peren kivüli joghátrányok nem alkalmaztattak többé, hanem reá nézve *perbeli hátrányok* állottak elő, a melyek szerint az alperes kifogásaival a perben kizáratott. Végül egy harmadik felfogás is tört magának utat. E szerint az alperes, a ki kifejezetten a perbe nem bocsátkozik, úgy vétetik, mint a ki a tényalapot és ennek előfeltételét képező tényeket *beismerte;* helyesebben kifejezve, e tényeket a bíróság bizonyítás nélkül is *valóknak* veszi. Az alperesnek kell perbebocsátkoznia: tagadnia vagy beismernie, mert a mai tisztultabb felfogás mellett lehetetlen a felperest annak kitenni, hogy az alperes nyilatkozatának hiánya miatt perhez ne juthasson. Ha az alperes ezt a kötelességet megsérti, legmegfelelőbb, mert a felperesre legelőnyösebb, a bíróságra nézve pedig legegyszerűbb az az eljárás, a mely szerint a bíróság az említett tényeket bizonyítás nélkül is valóknak veszi.

Ez a legutóbbi, a három különböző fölfogás közt kétségkivül a leghelyesebb, s ez az, a melyet a mi jelenlegi perjogunk is követ (T. 111. §. S. E. 50. §.), sőt azt ellentétben a közönséges német és canonjoggal, régibb magyar jogunk is követte.[2] Az azonban, hogy

[1] Ezt személyes kereseteknél már a római jog is ismerte eremodicium neve alatt, ha az alperes kellően volt idézve és még sem jelent meg. Átment ez a canonjogi *sommás eljárásba,* mint ezt a Clem. Sæpe világosan elrendeli, az olaszországi jogokba általában s idővel a német közönséges jogba. Wetzel: i. m. 612. és 618. s k. ll. A franczia jogban ez még most is van érvényben. A bíróság a tényalapot nem tekinti egyszerűen, minden vizsgálat nélkül valónak hanem a perr. 150. §-a szerint csak akkor, ha a felperes zárindítványát igazságosnak és bebizonyítottnak találja. L. még Garsonnet: i. m. V. 356. l. Bellot azonban genfi perrend indokolásában (64. l.) ezt helyteleníti s a genfi perrend tényleg a franczia jog ezt a szabályát mellőzi is.

[2] Frank: i. m. II. 108. l. Hasonlóképen a német perrend 296. §.; az osztrák perrend 396. §. alapját e felfogás a középkori *positionalis* és *articularis* eljárásban birja, a melynélfogva az alperes *a perbebocsátkozás után* a felperes kifejezett felhivására bizonyos tüzetesen megjelölt tények iránt nyilatkozni tartozott, mit ha elmulasztott, őt idővel úgy tekintették, mint a ki azokat beismerte. Wetzel: i. m. 629. l. Wach: Grünhutféle Zeitsch. VI. 528. és Plósz: Beiträge 149. s k. ll. szerint a mai jogok értelmében a perbebocsátkozást elmulasztó alperes a *jogállítást tagadónak,* az annak alapjául szolgáló *tényeket* pedig *beismerőnek* vétetik. S ezt azzal indokolják, hogy miután a per fogalmánál fogva csak a jogállítás taga-

ennek értelmében az alperes mulasztása esetében a bíróság a tényalapot és az ennek előfeltételét képező tényeket valóknak veszi, még nem jelenti a felperes pernyertességét. A felperes kereseti kérelme nem egyéb, mint tényekből vont következtetés, a mely tényeket ő kérelmének indokolására felhoz. A bíróságnak minden esetben kell ennek a következtetésnek helyességét vizsgálnia még akkor is, midőn az alperes a tényeket, a melyek a következtetés alapjául szolgálnak beismeri, illetve azok beismerteknek vétetnek. S ha a bíróság azt találja, hogy a felperes kérelme ezen tényekből nem vezethető le, keresetét, mint ez az idézett §§-ból is kitünik, el fogja utasítani.[1]

## 30. §. A perbebocsátkozás következményei.

A perbebocsátkozással a peralapítás be van fejezve, azaz véglegesen meg van állapítva, mi képezi az elbirálás tárgyát. A peralapítás általában s így a perbebocsátkozás is csak azért szükséges, hogy a bíróság tudja, milyen körben kell majd eljárnia. A peralapítás a *rendelkezési* és *tárgyalási* elvek folyománya. Ha a törvény a felekre bizza, hogy mit kérjenek és minő tények alapján és hogy a kérelmekre miként nyilatkozzanak: akkor meg kell határozni azt az időpontot is a meddig ezt tenniök szabad, illetve kell, mert máskülönben az elbirálás anyaga véglegesen soha sem volna megállapítva, a mi magát az elbirálást is lehetetlenné tenné. Ebből kitünik, hogy a peralapítás nem azért történik, mert a felperesnek

dása folytán jöhet létre (l. fentebb), s miután a per az alperes mulasztásán fenn nem akadhat: kell tehát az alperest a jogállítást tagadónak venni. Ez által a felperes joga a peralapítás iránt realizáltatik. A tényeket beismerőnek pedig az alperes azért vétetik, mert a törvény azok bizotásától eltekint. Ámde ez az okoskodás magától megdől, ha figyelembe vesszük, hogy a per nem szükségképen egy *vitás* jogviszony kiderítése iránti eljárás (l. fentebb a főszöveget), s hogy ennélfogva a peralapításhoz nem szükséges tagadás. És ha ez szükséges volna, akkor is annak a tényekre, nem pedig a belőlük vont következtetésre, a jogállításra kellene irányulnia. Miután ennek helyességét a biró mindig hivatalból tartozik vizsgálni, annak tagadása által a per már ezen okból sem jöhetne létre.

[1] Egészen ellenkező a Terv. 448. §-ának rendelkezése. E szerint, ha az alperes mulasztja el a perfelvételi határnapot, a bíróság őt «*a kereseti jogállítás és kérelemhez képest*» elmarasztalni tartozik. Ez azonban teljesíthetetlen akkor, midőn a jogállítás és kérelem a tételes jog szempontjából meg nem állhatnak, ilyenkor a marasztalás azok értelmében ki van zárva.

joga volna az állam ellen a peralapításra és az alperesnek a felperes iránti kötelessége volna a czélból perbebocsátkozás útján közreműködni, hanem azért, mert az állam a rendelkezési és tárgyalási elvek alapján birói hatalmát máskép nem gyakorolhatja mint úgy, hogy egy bizonyos időpontban *végleg* megállapíttatja, hogy a felperes mit és milyen tények alapján kér, s hogy az alperes beismer-e vagy pedig tagad.

Ezt pedig az állam az által éri el, hogy a peralapítás folytán felperest is perjogilag *kötelezettté* teszi. Mindaddig, míg az alperes perbe nem bocsátkozik, a felperes cselekvényei csak *megengedett* cselekvények. Mint láttuk, az idézési kérelem, illetve a kereset előterjesztése birnak ugyan bizonyos következményekkel, de azok csak az alperes perbeli lekötelezését idézik elő és csak a felperes magánjogi jogosítványának fenmaradását biztosítják. Azonban nincs ama cselekvényeknek az a hatásuk, legalább a helyes felfogás szerint nem, hogy a felperes is perjogilag kötelezetté válnék, a mi egyrészt abból tünik ki legjobban, hogy a felperes perbebocsátkozásig keresetét visszavonhatja, megmásíthatja a nélkül, hogy ebből, eltekintve a netán felmerült költségek megtérítésétől, reá valamely joghátrány származnék. Csak az következik be, hogy az alperesnek perjogi kötelezettsége, azaz az idézési kérelem benyujtásának, illetve kézbesítésének perjogi hatása elenyészik. Másrészt pedig a felperes a perbebocsátkozásig az alperesnek a perbe vont jogviszonyra vonatkozó előzetes nyilatkozataira válaszolni nem tartozik, mire egyébiránt a per szerkezeténél fogva nincs is alkalom. Épen ellenkezőleg áll a dolog a peralapítás után, s ezen ellenkező hatásokban áll a felperes perjogi lekötelezése is. A peralapítás után tehát:

*a)* a felperes keresetét sem *vissza nem vonhatja*, sem többé *meg nem változtathatja*, a mint ez különösen a mi jogunkban egész helyesen keresztül van vive. (T. 68—70. §.; S. E. 26. és 31. §§.; Terv. 192., 193. §§.)[1] A felperes lekötelezése itt abból áll, hogy a felperes tartozik *a perben megmaradni*. S ha a visszavonás, illetve a megmásítás által abból magát mégis kivonná, a bíróság

[1] Máskép a német perrend (235. §. 3.) és az osztrák perrend (235. §.), melyek szerint a kereset már az idézési kérelem kézbesítése után nem változtatható meg s erre czélzott a főszövegben, helytelenítő megjegyzésünk. A visszavonás azonban ezek szerint is csak a perbebocsátkozás után nincs többé megengedve. Német p. 243. §., osztrák p. 237. §.

ezt figyelembe nem veszi és vagy az eredeti kérelem alapján itél, a felperest olyannak tekintvén, mint a ki perbebocsátkozás után a tárgyaláson meg nem jelent, vagy őt keresetével elutasítja, tehát az érdemben pervesztesnek mondja ki. Ez az utóbbi áll be nálunk a rendes perben. (T. 70. §.),[1] az előbbit mondja ki, bár csak a visszavonásra, a Terv. 192. §-a.

*b)* A felperes tartozik az alperes bizonyos nyilatkozataira *nyilatkozni,* mit ha elmulaszt, az illető tények valóknak vétetnek. A felperesre itt tehát ugyanazon következmények állanak elő, mint az alperesre, a ki elmulaszt perbebocsátkozni. Világos jele annak, hogy a nyilatkozás a felperes részéről kötelesség, elmulasztása, kötelességsértés. A törvényekben a felperes nyilatkozási kötelessége nincs kifejezetten elismerve; az, az egyes rendelkezésekből csak közvetve tünik ki.

Ezen két, kizárólag csak a fenforgó perre szorítkozó kötelességen kivül, a felperesre a peralapítás által

*c)* még egy harmadik, a folyamatban lévő peren túlterjedő perbeli kötelesség is áll elő: hogy a felperes, az alperes által támasztott *viszonkereset* vagy *perújítás* esetében ugyanazon bíróság előtt tartozik perbe állani, a mely előtt a felperes az alperest perelte. (T. 46., 47., 77. §§.; S. E. 23. §. 2.; Terv. 43., 599. §§.)

Midőn a peralapítás által a felperesnek az állammal szemben való perbeli lekötelezése létre jön, ez az alperesnek már korábban létrejött perbeli kötelességein is változást idéz elő. Vannak esetek, a melyekben az alperesnek a kereset benyujtásához, illetve kézbesítéséhez füzött perbeli kötelessége, perbe bocsátkozni csak *feltételes,* függ attól, hogy az alperes bizonyos, csak kifogás folytán figyelembe veendő perakadály, pl. illetőség hiánya, előzetes eljárás költségeinek le nem fizetése miatt kifogást nem emel. Ha ezt az alperes a perbebocsátkozásig nem teszi, később már egyáltalában nem (N. 16. §.[1]) vagy legalább rendszerint nem teheti, kivéve ugyanis azt, hogy az alperes ama kifogást korábban hibáján kivül nem hozhatta fel. (S. E. 27. §.[1]; Terv. 185. §.[1]). Ennek következtében az alperes kötelessége a perben megmaradni: *feltétlenné* válik, a mi egyrészt azt jelenti, hogy a létrejött pert magától utólag el

[1] Ez csak arra az esetre van ugyan kimondva, midőn a felperes keresetét visszavonja. *Perletétel.* De a rendelkezés a keresetváltoztatásra is alkalmazandó.

nem háríthatja, másrészt pedig azt, hogy ő felperesnek a peralapítás után is tett bizonyos nyilatkozataira tovább nyilatkozni tartozik.

Azonban az alperesnek a peralapítás után feltétlenné vált perbeli kötelessége mindig csak *egyszeres* és soha nem *többszörös*. Ezzel azt fejezzük ki, hogy az alperes egy magánjogi viszonynak ugyanazon szempontból való elbirálása czéljából csak egyszer tartozik perbe állani. A felperes tehát ugyanazon kérdésre nézve sem ugyanazon, sem más bíróság előtt ujabb pert nem indíthat,[1] mi ellen az alperes *perfüggés kifogásával* (l. a 23. §-t is) védekezhetik. Ennek a kifogásnak a perbebocsátkozás előtt az a hatálya, hogy mindaddig, míg a felperes a korábban támasztott keresetét vissza nem vonja, az alperes a későbbi keresetre perbebocsátkozni nem tartozik, s ennek folytán a felperes csak *feltételesen* van elzárva az újabb peralapítástól. A perbebocsátkozás után azonban, ama kifogás folytán a felperes ugyanazon kérdésre nézve újabb pert egyáltalában nem indíthat, mert korábbi keresetét többé joghatályosan, az alperes beleegyezése nélkül, már vissza nem vonhatja, s ennélfogva az alperes sem tartozik többé az ujabb perbe bocsátkozni. A felperes tehát *feltétlenül* elesik attól, hogy ugyanazon kérdés iránt ujabb peralapítást érjen el.[2]

Annak a két oldalú, feltétlen perbeli lekötelezésnek hatálya, mely a peralapítás által létre jön, csak a felek akaratához van füzve, azaz addig tart, a meddig a felek akarják. Ez pedig onnan van, mert az állam magánjogi viszonyok iránti perekben, birói hatalmát a felekkel szemben csak a rendelkezési és tárgyalási elvek korlátai közt gyakorolja. Ennélfogva, ha a peralapítás után mind a két fél a bírósággal szemben egyértelműen kijelenti — a mely nyilatkozat azonban nem szerződés a felek közt — hogy az ügyet inkább eldöntetlenül hagyják, a bíróság nem fog tovább eljárni. Vagy pedig, ha a peralapítás után kijelentik, hogy inkább egy más ügyet kivánnak elbiráltatni: az állam ezt fogja tenni. Ez a mi jogunkban is el van ismerve. (S. E. 31. §.[1]; Terv. 193. §.)[3] Végül, ha a felek kijelentik, hogy a perbeli

[1] Bis de eadem rex agere non licet.

[2] A S. E. 27. §. 3. p.; Terv. 144. §. 1. p., 188. §. 4. p. és ut. bek.-ben a pergátló kifogásnak mind a két rendbeli hatálya van el ismerve.

[3] A T. 70. és 71. §-aira itt nem hivatkozhatunk, mert ezek egészen rosszul vannak szövegezve. A 70. §. kimondja, hogy a perletétel *szabad*, de azért a felperes mégis mulhatatlanul pervesztes. Ez ellenmondás.

lekötelezést ugyan megszüntetni nem akarják, csak következményeit akarják függőben tartani: a *per szünetelni fog*. Csakhogy e legutóbbi irányban ujabbi jogunk csak bizonyos megszabott ideig, három évig veszi figyelembe a felek akaratát, ezentúl pedig mind a két fél perbeli lekötelezését megszünteti, a per *elévül* (S. E. 52. § [8], 215. §.)[1] Ha azonban mindezt a peralapítás után csak az egyik fél akarná, a bíróság mégis eljárna. Az állam birói hatalmának gyakorlását a felekkel szemben mindig attól teszi függővé, hogy a hatalom gyakorlását legalább az egyik fél akarja. Ez a fél a peralapításig a felperes. azontúl az alperes is. S innen van a felek akaratától függő kölcsönös perbeli lekötelezés a peralapítás után.

Ennek daczára azonban egy jogviszony a peresfelek közt nem jön létre, a melynek értelmében a felek a peralapítás után *egymás kötelezetteivé* válnának. A per mindig csak jogviszony mindegyik fél és az állam között és soha nem a felek közt. Ezen a peralapítás sem változtat, sőt a lekötelezés az állammal szemben *teljessé, befejezetté* épen a peralapítás által válik. A peralapításig ugyanis a felperes csak *megengedett* cselekvényeket végez, az alperes cselekvényei már addig is kötelességek. A peralapítás után azonban a felperes is kötelezetté válik, és csak ekkor jön létre a per mint kettős jogviszony mindegyik fél

A helyes értelem az, hogy a perletétel *nem szabad*, mert különben a felperes pervesztes. A 71. §. szerint a perletétel csak a viszonkeresetet támasztó alperes *beleegyezésével* szabad. És ha felperes mégis a nélkül teszi le a pert, akkor mi történik? A §. nem mondja meg. De lehetetlenség, hogy más történjék, mint az, hogy a felperes *szintén pervesztes* legyen. A két §. tehát ugyanezt rendeli.

[1] A perelévülés a római jogból ered. A formulák idejében a per $1^1/_2$, illetve 1 év alatt évül el. Azonban ennek az időnek elteltével, a jogosítvány is elévült. Gaius Inst. IV. 103—108.; III. 180. 181. Justinianus szerint a perelévülés 3 év. L. 13. §. 1. C. III. 1. A római jog szerint ezen idő alatt a per elévül, ha a felek a tárgyalást be nem fejezik és nemcsak akkor, ha a felek meg nem jelennek. Három, illetve három és egy félév alatt évül el a per a franczia perrend szerint is, ha ezen időn belül a felek egyike sem jelenik meg. Ezen idő elteltével azonban a perelévülés nem önmagától áll be, hanem csak az *alperes* kérelmére mondatik ki, s a perbe vont jogosítvány ekkor sem évül el. Franczia p. 397—401. §. A S. E. szerint a perelévülés abban különbözik a francziától, hogy pusztán az idő elteltével áll be, s nem mondatik ki az alperes külön kérelmére. Csak sajnálni lehet, hogy a Terv. a perelévülést nem ismeri, valamint a német és az osztrák perrend sem.

és állam közt, melyben mindegyik fél az államnak lekötelezve, birói hatalmának alávetve van. Az a körülmény azonban, hogy az állam az egyik felet a másiknak akaratától függően teszi kötelezettjévé, azt a látszatot kelti, mintha a felek volnának a peralapítás után egymásnak lekötelezve. S tényleg a rómaiktól kezdve napjainkig mindenfelé azt tanítják, hogy a peralapítás után a felek közt egy *szerződésszerű kötelmi viszony* jön létre s ezt nem is a peralapítás perjogi, hanem magánjogi hatásainak kimagyarázása végett mondják.[1] A romaiaknak ebből a szempontból a régibb perjogot illetőleg igazuk van, mert ott tényleg a litis contestatio után a felek különösen az in rem actioknál kötöttek egy külön szerződést (stipulatio) a perbe vont jogviszony biztosítására.[2] De sem a későbbi római jogra, sem pedig a modern jogokra nézve ennek semmi értelme, legkevésbé a magánjogi hatások kimagyarázása végett. Ezek a későbbi római jog szerint is ugyan a litis contestatiohoz fűződtek, a nélkül, hogy azok biztosítása iránt a feleknek szerződést kellett volna kötniök, az ujabb jogokban pedig nem is a befejezett peralapításhoz, hanem az idézési kérelem előterjesztéséhez, esetleg az idézéshez fűződnek. Ma a per, a perbe vont magánjogi jogviszonyon, illetve az abban szereplő felek helyzetén semmiféle változást sem idéz elő; ahoz pedig, hogy hatásainak fenmaradása biztosíttassék, elegendő a kereset benyujtása, illetve kézbesítése. Máskép volt ez, a régibb római jogban, mely szerint a marasztalás csak azon állapot szerint volt kimondható, melyben a jogviszony a litis contestatiokor volt. S innen volt az, hogy a litis contestationak kötelmet ujító hatást tulajdonítottak.[3]

[1] Savigny: i. m. VI. 31. s k. ll. Bayer: i. m. 592. l. Unger: i. m. II. 527. l.

[2] Gaius Inst. IV. 88—102. Savigny: l. m. VI. 27. l.

[3] Gaius III. 180. Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Mi e felfogás következményeinek tekintjük azt, hogy az alperes a peralapítás után a res litigiosa-t el nem idegeníthette. Ezt mint érvényben lévő jogszabályt még Frank: i. m. II. 134. l. is tanítja. Ez azonban ma már nincs így. A német perrend 236. és az osztrák perrend 234. §. ezt kifejezetten ki is mondja; a Terv. pedig nem is tartotta szükségesnek kimondani. Hogy pedig az az egyén a ki rosszhiszeműleg okot szolgáltatott arra, hogy alperesként perbe vonassék, (qui dolo malo liti se obtulit) az ez által okozott kárt megtéríteni tartozik, az a közönséges magánjogi szabálynak: hogy a rosszhiszeműleg okozott kár megtérítendő, egyszerű alkalmazása. S e tétel nemcsak a római, hanem a modern jogok szempontjából is áll.

## NEGYEDIK FEJEZET.

# A PERT LEBONYOLITÓ CSELEKVÉNYEK.

### 31. §. Általában.

A pert megalapító cselekvények a per lebonyolításának is a kezdetét képezik. A többi cselekvények ugyanis, melyek a per folyamán előfordulnak, előfeltételezik a peralapító cselekvényeket, ezekhez folytatólag, mint előfeltételeikhez füződnek tovább. S habár a peralapító cselekvények, a pert lebonyolító cselekvényekkel közös czéllal birnak: a pert befejezéséhez juttatni, azokat, ezektől mégis azért választjuk el és tárgyaljuk külön, hogy azoknak ama természete, mikép az utóbbiak érvényének előfeltételét képezik, teljesen kifejezésre jusson. Sőt gyakorlati szempontok is indokolják az eljárás folyamán a peralapítás szakát a per lebonyolításának szakától elkülöníteni, miként ezt a Tervezet is teszi, a mennyiben szerinte a lebonyolítás rendszerint más határnapokon történik, mint a peralapítás.

A Terv. (v. ö. 104. l.) megkülönbözteti a *perfelvételi tárgyalást* a többi tárgyalásoktól. Ama tárgyalásnak kettős czélja van, megállapítani egyrészt azt, hogy a per létrejöhet-e azaz nincs-e valamely perakadály, másrészt pedig azt, hogy a per minő irányú lebonyolítást fog nyerni s azt, ha egyszerünek látszik, le is bonyolítani. S ebből a czélból kötelessége az alperesnek, ha nem hoz fel pergátló kifogást, *perbebocsátkozás* czéljából nyilatkozni. Az ezen nyilatkozatot tartalmazó irat csatolásával van a per megalapítva s ennek alapján, ha a lebonyolítás még további tárgyalást tesz szükségessé, a bíróság erre a czélra ujabb határnapot tüz ki (183—197. §.).

De, miután ama nyilatkozatok tartalma, melyeket az alperes a peralapítás czéljából tehet, a czél közösségénél fogva teljesen megegyezik azok tartalmával, melyeket akármelyik fél a per megállapítása után a per lebonyolítása czéljából tehet: mi e két rendbeli nyilatkozatok *tartalmát* együttesen fogjuk az alábbiakban részletesen ismertetni. Megjegyezvén itt még csak azt, hogy a pernek befolyása a szerint különböző, a mint a peres felek a perben nyilatkozási kötelességüknek eleget tesznek vagy sem. Ha a felek ezen kötelességüknek eleget nem tesznek egy különös eljárásnak van helye, a melyről a VI. fejezetben lesz szó. Az alábbiakban mindig feltételezzük azt, hogy a felek nyilatkozási kötelességüknek eleget tesznek, bár ekkor is, mint látni fogjuk, az eljárás hosszabb vagy rövidebb, a szerint, a mint a felek más-más nyilatkozatot tesznek.

## 32. §. A per folyamán előforduló nyilatkozatok tartalma. Különösen az alperes perbebocsátkozó nyilatkozatának tartalma.

I. A 29. §-ban csak általánosságban jeleztük, hogy az alperes perbebocsátkozása milyen nyilatkozatokból állhat, ennek részletes kifejtését a jelen §-ra tartottuk fenn. S hogy ezt tehessük, a következőket kell előre bocsátanunk.

A kereset *tényalapja* mindig egy tény, a melynek jogi hatása mindig más tények létezése és bizonyos tények nem létezése által van feltételezve. Azaz egy bizonyos tény egy bizonyos jogi hatással csak akkor bir, ha egyuttal más tények is vannak, melyekhez az illető ténynek jogi hatása kötve van és ha nem forognak fenn bizonyos tények, a melyek azt a jogi hatást kizárják. Hogy mely tények létezése, illetve hiánya képezi a tényalap jogi hatásának feltételét, azt nem lehet általában, hanem csak az adott eset körülményei szerint meghatározni. Azért itt megvilágításul csak néhány példát hozunk fel. Azoka tények, a melyek valamely személy akaratának nyilvánításaképen birnak jogi hatással (jogügyletek, jogellenes cselekvények), csak azon feltétel mellett hatnak, hogy az illető személy cselekvésképes, illetve beszámítható, azaz, hogy bir azzal a szellemi, korbeli érettséggel — ez egy tény — a melyet a törvény azon másik tény jogi hatásának előfeltételeként megkiván. És ha ezek megvannak, még mindig szükséges, hogy más kivülről ható, zavaró tény, pl. erőszak, megfélemlítés, csalás stb. fenn ne

forogjon, a mely annak a ténynek jogi hatását már kezdettől fogva kizárja. Mi ezen tényeket, illetve azok hiányát, míg jobb elnevezést találunk, a *tényalap jogi hatásának előfeltételét képező tényeknek* nevezzük.

Minden tény továbbá, a mely már is egy bizonyos jogi hatást szült, ezzel csak addig bir, míg egy más tény nem jött közbe, a mely azt a jogi hatást megszünteti, vagy azt egy ideig avagy egyszermindenkorra korlátolja. Erre példaképen felhozható a fizetés, elévülés, fizetés elhalasztása stb. Mi ezen tényeket a *tényalap jogi hatását megszüntető, korlátozó tényeknek* mondjuk.

Ezen kettős megkülönböztetés segélyével tisztább világításba helyezhetjük azokat a nyilatkozatokat, a melyek a per folyamán tehetők.

Mindenekelőtt az alperest tartva szem előtt, ennek perbebocsátkozó nyilatkozata szükségképen ama tények valamelyikére irányul. *a)* Az alperes valónak jelenti ki a tényalapot, jogi hatásának keletkezését és annak fennállását. Mind a hármat azonban az alperesnek nem kell kifejezetten valónak nyilvánítania; elég, ha csak a tényalapot nyilvánítja annak minden korlátozás nélkül. Ezt *beismerésnek* nevezzük. *b)* Az alperes valótlannak jelenti ki a tényalapot, mi mellett természetesen a jogi hatás keletkezésének vagy fennállásának valótlannak nyilvánítása számba sem jön, mert ha nincs tényalap, ennek jogi hatásának keletkezéséről és megszüneséről sem lehet szó. Mi ezt *tagadásnak* nevezzük. *c)* Az alperes a tényalapot valónak mondja ugyan, de tagadja a jogi hatásának keletkezését, mert hiányzanak bizonyos tények, melyektől a hatás keletkezése függ vagy vannak bizonyos tények, a melyek keletkezését kizárják. *d)* Az alperes valónak mondván a tényalapot és jogi hatásának keletkezését, de valótlannak jelenti ki azt, hogy jogi hatása fennállana, mert történtek tények, a melyek azt megszüntették, korlátolták. A két utóbbi eset *c)* és *d)* egy közös szempont alá is foglalható, a mennyiben az alperes mind a két esetben a tényalapot valónak mondja; köztük csak az a különbség, hogy az előbbinél a tényalap jogi hatásának keletkezését, az utóbbinál jogi hatásának fennállását mondja valótlannak. Ennélfogva mind a két nyilatkozat a tényalap *jogi hatásának tagadása.* Egyéb nyilatkozat, mint ez a három, nem is képzelhető. Egy tényt be lehet ismerni jogi hatásával együtt, azt jogi hatásával együtt tagadni lehet vagy végül a ténynek csak a jogi hatása tagadható.

Van tehát beismerés, tagadás és a tényalap jogi hatásának tagadása.

Midőn az alperes beismeréssel él vagy a tényalapot tagadja, nyilatkozatát *nem kell indokolnia.* A polgári perben a rendelkezési elvnél fogva nem szorul indokolásra az, hogy az alperes miért tartja a tényalapot jogi hatásával együtt valónak vagy valótlannak. Az előbbi esetben a tényalapot jogi következményével együtt a biró valónak tartozik venni, az utóbbi esetben a felperes dolga, annak valódiságáról a birót meggyőzni. Azonban nem így van ez, midőn az alperes csak a tényalap jogi hatását tagadja; ekkor az alperesnek tagadását *indokolnia kell.* A tényalap jogi hatásának tagadása csak akkor jön figyelembe, ha indokolt. Ennek oka ismét abban rejlik, hogy ha az alperes egy tényt, a mely rendes körülmények közt bizonyos jogi hatást előidézni szokott, valónak nyilvánít, de jogi hatását tagadja: méltán lehet tőle elvárni, hogy mondja meg azt, miért tekinti ama tény jogi hatását kizártnak, azaz, hogy mi az, a mi miatt ama tény rendszerinti jogi következménye be nem áll. Ez az indokolás pedig abból fog állani: hogy nincs meg az a tény, a melytől a tényalap jogi hatásának keletkezése függ, illetve, hogy van egy zavaró tény, a mely a hatás keletkezését kizárja vagy pedig, hogy később történt egy tény, a mely a már keletkezett jogi hatást megszüntette, korlátolta. Látjuk tehát, hogy a tényalap jogi hatásának tagadását mindig a tényalap jogi hatásának előfeltételét képező tényre való hivatkozással, illetve a jogi hatást megszüntető ténynyel kell indokolni s ezért volt szükséges ezen §. elején azokat megismertetni. Ez a tétel egészen megvilágítja azt a különbséget is, a mely a tényalap tagadása és a tényalap jogi hatásának tagadása közt fennáll. Az előbbi a ténynek magának s vele együtt jogi következményeinek tagadása is és ahhoz, hogy figyelembe vétessék, nem kell indokoltnak lennie. Lehet indokolva, a midőn *minősített tagadásnak*[1] nevezzük; de a perben ekkor sem bánnak el vele másképen, mint az alperesnek egyszerű tagadásával, a melyhez az alperes indokokat nem füz. Ellenben a tényalap jogi hatásának tagadása, épen csak a jogi hatás ellen irányul és figyelembe vételéhez mulhatlanul szükséges az indokolás.

[1] Példák a birói gyakorlatból. A felperes egy kölcsönösszegnek megfizetése iránt indítván pert, az alperes tagadta, hogy az összeget kölcsön-

Ez a különbség már régen előidézte azt, hogy a tényalap jogi hatásának tagadását a tényalap tagadásától élesen elválasztották s megkülönböztetésül más nevekkel is jelölték. A mi jogunkban állandóan *kifogásnak* nevezik.[1] Ezen közhasználatú elnevezést mi is elfogadjuk, s a tényalap jogi hatásának tagadását ezentúl mi is kifogásnak fogjuk nevezni. Csak arra kell figyelmeztetnünk, hogy a kifogás alatt nem szabad a tagadástól már fogalmilag is különböző nyilatkozatot érteni, nevezetesen egy tényt, a mely a tényalapot «kiszélesítené», «kibővítené» s a mely mint ilyen annak jogi hatását lerontja vagy korlátolja; továbbá arra, hogy az, a mi a kifogásban indokolásul felhozatik nem is szükségképen tény, hanem egy további tagadás. Ha ugyanis az alperes, tagadván a tényalap jogi hatásának keletkezését, mert az előfeltételét képező valamely tény, pl. a cselekvésképes állapot, hiányzott: ő nem hoz fel új tényt, hanem ellenkezőleg egy előfeltételt képező tényt tagad, nyilatkozata azonban mégis kifogás. Egy tényt az alperes a kifogásban csak akkor hoz fel, midőn a tényalap jogi hatását azért tagadja, mert van egy tény, a mely keletkezését gátolja vagy azt utólag megszüntette avagy korlátolja. Hogy minő tények tagadása, illetve minő tények állítása hozható fel a kifogásban indokolásul, arra egy általános elvet felállítani nem lehet; azt a magánjog értelmében esetről-esetre kell megállapítani, miután mint láttuk, azok a tények is, a melyek létezése vagy hiánya a tényalap jogi hatása keletkezésének előfeltételet képezik vagy jogi hatását megszüntetik, illetve korlátolják, különbözők.

Rendszerint azonban mégis a kifogásoknak következő csoportjait szokás megkülönböztetni. Vannak kifogások, a melyek arra irányulnak, hogy a tényalapnak jogi hatása nincs, mert ez létre sem jött vagy már megszünt. Tágabb értelemben vett kifogások. Vannak továbbá kifogások, a melyek oda irányulnak, hogy a

képen kapta volna, mivel azt *visszafizetés kötelezettsége nélkül vette át* a felperestől. Lf. i. 8742/73. Márkus: II. 265. l. — A felperes egy összegnek mint *letétnek* a visszafizetését követelte, az alperes tagadja, hogy az összeget megőrzésképen vette át, mert az egy *kötendő házasság biztosítékául* adatott neki. C, 1055/90. U. o. 266. l.

[1] Azonban a kifogás elnevezés még sem használtatik szakszerűen. Pl. szokás egész általánosságban váltókifogásokról beszélni. V. E. 15. és köv. §§. A N. 82. §-a számadási perben a kifogásoknak per útján való érvényesítéséről szól. Ugyanezt tapasztaljuk a birói gyakorlatban is.

tényalapnak jogi hatása nem érvényesíthető, habár az különben létezik, mert a tényalap keletkezése hibás pl. csalás, tévedés, megfélemlítés stb. folytán jött létre a jogügylet vagy pedig a keletkezéstől függetlenül jött létre egy tény, a mely a jogi hatás érvényesítését ugyan nem szünteti meg, de mégis kizárja. *Szükebb értelemben vett kifogások.* Itt csak azt kell kiemelnünk, hogy nemcsak a római, de a modern jogok szerint is bár csekélyebb számban, vannak tények, a melyek által czélszerűségi okokból, egy különben érvényesen keletkezett és fennálló jogi hatás érvényesítése kizáratik. Ilyen tény azonban csak az, a melyből az alperesnek a felperes ellen egy jogosítványa származott, úgy hogy az alperesi jogosítvány gátolja a felperesi jogosítvány érvényesítését. Pl. az alperesnek adott halasztás fizetés iránt, az alperesnek joga beszámítás iránt. Sokan a szükebb értelemben vett kifogásoknak csak ezt a kisebb körét nevezik *tulajdonképeni kifogásoknak*, legalább a magánjog értelmében, mert úgy látszik, a rómaiak is csak ezeket nevezték *exceptioknak;* a többieket vagy egyáltalában nem tekintik kifogásoknak vagy csak a perjog szempontjából nevezik őket azoknak. — Egy más megkülönböztetés szerint vannak kifogások, a melyeket mindenki felhozhat, vagy melyeket mindenki ellen lehet felhozni, a ki a jogviszonyban szerepel vagy a ki mint jogutód az illető jogviszonyba belép. *Dologi kifogások.* (Exceptiones rei cohærentes). Ezekkel szemben vannak olyan kifogások is, melyeket csak a jogviszonyban szereplő bizonyos személyek ellen lehet felhozni. *Személyes kifogások.* (Exeptione personæ cohærentes.) Ma szabályként minden kifogás dologi kifogás. Itt még csak arra kell utalnunk, hogy a forgatható értékpapiroknál dologi és személyes kifogás elnevezések más értelemben használtatnak.[1]

[1] A kifogások természete még ma sincs eléggé tisztázva, habár a kifogások a jogtudománynak egyik legrészletesebben tárgyalt kérdését képezik. A német írók legnagyobb részei még most is azt a nézetet követi hogy kifogás vagy legalább igazi kifogás csak az, midőn az alperes a felperes jogosítványával szemben más jogosítványt érvényesít, mely amazt nem szünteti meg, de hatásában korlátolja. V. ö SAVIGNY: i. m. V. 169. l.; BETHMANN-HOLLWEG: i. m. II. 385. s k. ll.; DERNBURG: Pandekten I. 309. s k. ll.; REGELSBERGER: Pandekten. I. 681. s k. ll. Valamennyi közt legkimerítőbb és legjobban igazít útba UNGER: i. m. II. 471. s. k. ll. fejtegetése, a ki a fentebbiek szűkre vont fogalommeghatározását nem is követi egészen; még kevésbé teszik ezt WETZEL: i. m. 150. s k. ll. és WINDSCHEID: i. m. I. 124. s k. ll. a kik oly tényekben is, a melyek nem

II. Fejtegetésünkben az alperes nyilatkozatait csak abból a szempontból tárgyaltuk, hogy a felperes a keresetben egy jogviszonyt hoz fel, a melyből reá jogosítvány származik, a mi a marasztalás és a tevőleges megállapítás iránti keresetnél fordul elő. Más

képezik egy jogosítvány alapját, kifogást látnak, a mennyiben azok a felperes jogosítványának érvényesítését gátolják. Habár a magánjog szempontjából indokolt, megkülönböztetni tényeket, a melyek a jogosítvány érvényesítését gátolják és azokat, melyek a jogosítványt létre jönni sem engedik vagy megszüntetik: de azt mégsem szabad szem előtt téveszteni, hogy valamennyiben egy tény *jogi hatásának tagadása rejlik*: és hogy ennélfogva a perben valamennyi *egyenlő elbánásban részesül*. Ezt WINDSCHEID: i. m, I. 128. l. világosan ki is emeli és erre való tekintettel megkülönbözteti az *anyagi* [és *perjogi* kifogásokat. Még így is azonban alapfelfogásunk lényegesen eltér ezen irók nézetétől, minthogy ők a kifogásban a tagadástól fogalmilag különböző nyilatkozatot látnak. Egészen más alapon mint a fentebbi irók és mi határozza meg a kifogás fogalmát PLANCK i. m. II. 46. l. értvén alatta az alperes minden védelmi nyilatkozatát, mely által *új anyag* vftetik be a perbe. Irodalmunkban igen kimerítő casuistika kiséretében tárgyalja a kifogások tanát PLÓSZ: A magyar váltójog kézikönyve. 455. s k. ll. V. ö. még KAJUCH: Az exceptio doli a régi és a mai római jogban, NAGY F: A magyar váltójog kézikönyve 459. s k. ll. — A kifogások természete felőli fogalomzavarhoz nagy mértékben az is hozzájárul, hogy régebben az ügy érdemében felhozható kifogásokat sok esetben azonos elbánásban részesítették a per elhárítására irányuló kifogásokkal, ujabban pedig, különösen BÜLOW óta, azokat fogalmilag is különböző nyilatkozatoknak tekintik. Az előbbi jelenséggel, a mi régibb jogunkban is találkozunk. FRANK: i. m. II. 116. s k. ll. szerint, a ki a kifogást «*ellenvetés*»-nek nevezi, voltak *leszállító ellenvetések* (exceptiones condesconsoriae), a melyeknek a gyakorlat szerint, az volt a céljuk, hogy a felperes az ügy érdemébe való bocsátkozás nélkül keresetével mozdíttassék el, akár valamely perjogi, akár pedig az elbírálandó magánjogi jogviszonyban rejlő akadály miatt. E kettőnek összezavarását FRANK is helyteleníti és más alapon megkülönbözteti a *muló* és *döntő ellenvetéseket*, mindkét rendbeliek megfelelnek a mai érdembeli kifogásoknak a szerint a mint, csak egyelőre vagy egyszer mindenkorra irányulnak a perbe vont jogviszony ellen. — Minden esetre helytelen, a *czél különbözőségénél* fogva a pergátló kifogásokat az érdembeli kifogásokkal azonos elbánásban részesíteni, mert azoknál csak a per elhárításáról van szó, itt pedig arról, hogy a perbe vont jogviszony vagy egyszer mindenkorra vagy legalább egyelőre a felperesre kedvezően ne biráltassék el. Másfelől azonban bizonyos, hogy fogalmilag köztük különbség nincs. Ugy a pergátló mint az érdembeli kifogás, egy *jogi hatásnak az indokolt tagadása*. Az előbbinél egy perjogi, az utóbbinál egy magánjogi hatás tagadtatik indokoltan s innen a különbség köztük a legtöbb modern jog szerint a gyakorlati elbánásban is, mely abban nyilvánul, hogy

szempont alá esik a nemleges megállapítás iránti kereset, a hol a felperes egy jogviszony nem létezését állítja úgy, hogy abból az alperesre a felperessel, illetve egy harmadikkal szemben jogosítvány nem származhatott. Itt a beismerés az alperes részéről abból áll, hogy a tény, a melyből az alperesre jogosítvány származott volna, nem jött létre és hogy a felperes jogi érdekét veszélyeztető cselekvényt elkövette. A tagadás pedig áll abból, hogy az a tény, melynek hiányát a felperes állítja, megtörtént s abból neki jogosítványa van. E mellettt annak a ténynek tagadása, a mely a felperes jogi érdekét veszélyezteti, jelentőséggel nem bir. E két nyilatkozat ezek szerint teljes ellentéte a beismerésnek és tagadásnak az elmarasztalás és a tevőleges megállapítás iránti kereseteknél. Kifogás azonban a nemleges megállapítás iránti kereseteknél nem fordulhat elő. Mert valónak mondani azt, hogy az a tény, melynek hiányát a felperes állítja, nem történt meg, de mégis ennek jogi hatását tagadni, a mi a kifogás fogalmából folynék: képtelenség volna. Ha nincs tény, nincs jogi hatás sem. Jogi hatás egy tény nélkül soha sem jön létre. És ha ennélfogva az alperes a nemleges megállapítás iránti keresettel szemben egy jogi hatást, jogosultságot állit, ehez egy megfelelő tényt is kell állítania. Ez a tény pedig vagy az, a melynek hiányát a felperes állítja vagy pedig más tény. Mind a két esetben az alperes nyilatkozata tagadás, az utóbbiban minősített tagadás.[1]

III. Végűl még azt kell felemlítenünk, hogy gyakran vítás, vajjon az alperes tagadása a tényalap ellen vagy pusztán csak an-

a pergátló kifogásokat rendszerint a perbebocsátkozás előtt kell felhozni, míg a többiek csak azután hozhatók fel. Régebbi jogunk szerint azonban ez nem így volt, mert itt az elhalasztó *ellenvetéseket*, melyek nem is voltak pergátlók. a perbebocsátkozás előtt kellett felhozni FRANK: i. m. II. 134. l.; ellenben a birói illetőség elleni kifogásra nézve FRANK-nak (i. m. II. 120. l.) kételye van Kitonich ama tanításának helyessége felől, hogy azt mindenek előtt, tehát a perbebossátkozás előtt kellene felhozni. A birói illetőségen kívűl voltak más leszállító ellenvetések is melyeket a perbebocsátkozás után lehetett felhozni (u. o. 138. l. i.). V. ö. még az egyház és a német jogra nézve BAYER: i. m. 634. s k. ll.

[1] Pl. A felperes kéri kimondatni azt, hogy az alperesnek nincs jogosítványa a felperes ellen, mert neki kölcsönképen nem tartozik, mint ezzel az alperes kérkedett. Az alperes erre olykép nyilatkozik, hogy a felperes neki ugyan kölcsönből folyólag nem tartozik de tartozik adásvételből.

nak jogi hatása ellen irányul-e? Ez azért vitás, mert a törvény egy bizonyos ténynek jogi hatást csak akkor tulajdonít, ha annak megvannak a megállapított kellékei és sokszor azt, a mi csak a tényalap jogi hatásának előfeltétele, a tényalap kellékének szokás tekinteni. A helyes eldöntést itt, mely mindig csak a tételes magánjog alapján történhetik, nemcsak az indokolás szükségességének megítélése, hanem mint látni fogjuk, a bizonyítási teher megoszlása szempontjából is fontos.[1]

[1] A legnagyobb nézeteltérés a következő esetnél merült fel. Az alperes egy két oldalulag kötelező szerződésből a teljesítés iránt bepereltetvén, tagadja azt, hogy teljesíteni tartoznék, mert a felperes sem teljesített vagy nem kellően teljesített, addig pedig ő viszonteljesítést nem követelhet. (K. T. 335. §.) Ez a *szerződés nem teljesítésének vagy nem kellő teljesítésének kifogása*, exceptio non adimpleti vel non rite adimpleti contractus. Nézetünk szerint ez a tényalap jogi hatásának tagadása, tehát kifogás; mert itt egy tény hiányáról van szó, melynek létezése, t. i. a felperes részéről történt teljesítés, előfeltételét képezné annak, hogy a tényalapnak jogi hatása legyen, azaz, hogy az alperes teljesíteni tartoznék. Ennélfogva az alperes nem szorítkozhatik annak puszta tagadására, hogy teljesíteni tartoznék, hanem ezt indokolnia kell annak tagadásával, hogy a felperes a maga részéről teljesített volna. Az alperes ezen kifogását a felperes vagy beismeri vagy további kifogást, *ellenkifogást* hozhat fel; azt, hogy utóbb a felek megállapodtak, mikép az alperes teljesítsen előbb vagy pedig azt, hogy ő már teljesített. De pusztán az alperes kifogását *nem tagadhatja*. A felperes az alperes azon kifogásával, hogy az utóbbi nem tartozik teljesíteni, mert a felperes sem teljesített: nem hozhat fel mást, mint azt a kettőt, a mit említettünk, hogy még nem tartozik teljesíteni vagy már is teljesített. Mind a kettő pedig ellenkifogás és ha ezeket az alperes tagadja, a felpercs által bizonyítandók. Akkor pedig, midőn az alperes a szerződés nem teljesítésének kifogását hozza fel, ebben a felhozható ellenkifogás, a teljesítés ellenkifogásának tagadása is rejlik, s épen azért, ha felhozza, azt bizonyítania is kell. Ennek fel nem ismerése idézte elő azt a zavart, hogy miután a teljesítést a felperesnek kell bizonyítania, az alperes kifogását a szerződés nem teljesítése iránt egyszerű tagadásnak vették. A fentebbi helyes megoldás már Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 356. l. található, kinek fejtegetését csak annyiban nem osztjuk, hogy ő a szerződés *nem kellő* teljesítésének kifogását nem kifogásnak, hanem tagadásnak mondja. (358. l.), V. ö. még Gerber: i. m. 156. s k. ll.; Minden tekintetben helyes Unger: i. m. II. 468.; Reinhold: i. m. 70. s k. ll. Állandó magyar birói gyakorlat, hogy midőn az alperes a szerződés nem teljesítésének vagy nem kellő teljesítésének kifogásával él, azt, hogy a szerződés teljesítve, illetve kellően teljesítve lett, a felperesnek kell

## 33. A per folyamán előforduló többi nyilatkozatok.

I. Midőn az alperes a tényalapot jogi hatásával együtt beismeri vagy pedig tagadja, a felperes részéről nincs további nyilatkozásnak helye az alperes nyilatkozatára. Beismerés esetében azért nem, mert a biró a tényalapot valónak tartozik venni, a felperesnek nincs semmi teendője többé; tagadás esetében pedig azért nem, mert ekkor a tényalap valóságáról kell a felperesnek a birót meggyőznie, a mi az alperes tagadására való további nyilatkozás által nem érhető el. Egészen máskép áll a dolog, midőn az alperes csak a tényalap jogi hatását tagadja. Ekkor a felperesnek kötelessége nyilatkozni arra, a mit az alperes tagadásának indokolására felhoz. Vagyis köteles a felperes nyilatkozni, midőn az alperes kifogást hoz fel, *a kifogásban rejlő indokolásra.* A felperes nyilatkozata erre épen annyiféle lehet, mint a hányféle az alperes perbebocsátkozó nyilatkozata. A felperes vagy *beismeri* annak a ténynek a valódiságát vagy hiányát, a melyet az alperes indokolásképen abból a czélból hoz fel, hogy a tényalap jogi hatása nem is keletkezett, illetve beismeri annak a ténynek valódiságát, a melyet az alperes indokolásképen abból a czélból hozott fel, hogy a tényalap jogi hatása megszünt vagy korlátolva van. A felperes továbbá *tagadhatja* ezeknek valódiságát. Végül pedig a felperes tagadja azt, hogy azok a tények, melyeket az alperes annak indokolására hozott fel, hogy a tényalapnak jogi hatása nincs: a jogi hatást kizárnák. Ekkor a felperes az alperes által felhozott tényeknek a *jogi hatását tagadja.* Ezen legutóbbi esetben a felperes tagadásának indokoltnak kell lennie, holott a tagadás a második esetben, s az első esetben a beismerés, indokolásra nem szorul. A mi ama harmadik esetben az indokolást illeti, ez mindig egy tény állitása, esetleg egy oly ténynek a tagadása, a mely ténynek létezése előfeltétele annak, hogy az alperes által indokolásul felhozott tény, a tényalap jogi hatását lerontsa. Meg kell itt jegyeznünk, hogy midőn az alperes a tényalap jogi hatásának keletkezését tagadja, indokolásképen tagadván az előfeltételéül megkivánt valamely

bizonyítania. Példaképen hivatkozunk a következőkre. Lfi. 760/80. Dt. r. f. XXVII. k. 46.; C. 990/83. Dt. V. 59.; C. 479/90. Dt. XXVIII. 23.; C. 566/94. Márkus: VIII. 255. l.

tény létezését, pl. a cselekvésképeséget: a felperes részéről ez a harmadik nyilatkozat, a jogi hatás tagadása, nem fordulhat elő, mert itt már nincs tény, s igy annak a jogi hatását sem lehet tagadni. Hanem a felperesnek csak a két első nyilatkozat közt van választása: tagadni az alperes indokoló tagadását, azaz tagadni azt, hogy az előfeltételt képező tény hiányzanék vagy pedig ennek hiányát beismerni. Egyéb tekintetben azonban a felperes ezen harmadik nyilatkozata semmiben sem különbözik az alperes kifogásától, s azért azt is kifogásnak, de mégis megkülönböztetésül az alperesi kifogástól, *ellenkifogásnak*[1] nevezhetjük.

A felperesnek perbeli kötelessége az állammal szemben, ezen három mód valamelyike szerint nyilatkozni: az alperes kifogását beismerni, tagadni vagy jogi hatását tagadni, azaz ellenkifogással élni. A kötelesség oka itt ugyanaz, mint az alperes kötelességénél perbebocsátkozás iránt. A bíróság eljárása ugyanis ahoz képest más, hogy a felperes miként nyilatkozik az alperes kifogására, s épen ezért köteles erre a felperes nyilatkozni. Ha a felperes a kifogást beismerí, a bíróság azt bebizonyitottnak fogja venni; ha pedig a felperes tagadja, azt bizonyos más eljárás szerint bizonyítani kell és ha végül a felperes ellenkifogással él, az alperest terheli további kötelesség a nyilatkozásra. Ha a felperes kötelességét nyilatkozás iránt elmulasztja, ugyanaz áll be, mint akkor, midőn az alperes a perbe bocsátkozni elmulaszt, azaz a bíróság azt, a mit az alperes a kifogás indokolására felhoz, valónak fogja venni. (V. ö. S. E. 51. §.,[2] T. 159. §.)[2]

II. A felperes ellenkifogására az alperest további nyilatkozási kötelesség terheli, a mely vagy az ellenkifogás beismerése, vagy annak tagadása avagy végül egy további ellenkifogás (duplica). Ezekre minden korlátozás nélkül ugyanaz áll, a mit fentebb a felperes nyilatkozatairól mondottunk. Az alperesi ellenkifogásra a felperest a fentebbi megkülönböztetés szerint további nyilatkozási kötelesség terheli, s ha ennek az által tenne eleget, hogy a maga részéről ujabbi ellenkifogást (triplica) hoz fel: erre ismét az alperest terheli ujabbi nyilatkozási kötelesség, a mely ismét abból is

[1] Ezt az elnevezést Zlinszky munkájában: A bizonyítás elmélete 99. l. találtuk, a mely egyébiránt fordítása a német *Gegeneinrede* kifejezésnek, melyet Unger: i. m. II. k. 515. l. használ. A rómaiak *replicationak* nevezték.

[2] Ugyanez áll a Terv. 452. §-a szerint is.

állhat, hogy a maga részéről hoz fel egy további ellenkifogást (quadruplica), melyre a nyilatkozás a fentebbi módon folytatható volna, de inkább csak képzeletben, mert a gyakorlatban a felperesi és az alperesi ellenkifogásokon túl további ellenkifogások nem fordulnak elő. Az ellenkifogásokat korlátlanul érvényesíteni, a rendes perben már a periratok száma (T. 128. §.) miatt sem lehet, a sommás perben pedig a korlátlan érvényesítésnek az állhat utjában, hogy a biró a tárgyalást berekeszti (S. E. 46. §.).

III. A peresfeleknek kötelességszerű nyilatkozatai befolyással birnak a per további menetére és szükségessé teszik esetleg azt, hogy a felek bizonyos *kérelmeket* terjesszenek a biró elé. A nyilatkozatok minőségétől függ mindenek előtt az, hogy az eljárás egyszerűbb vagy bonyolultabb-e? Legegyszerűbb az eljárás akkor, midőn az alperes a tényalapot beismeri, mert ekkor csak az ítélet van hátra. Már nem oly egyszerű, midőn az alperes kifogással él, s ezt a felperes beismeri vagy folytatólag a felperes él kifogással, s ezt beismeri az alperes és igy tovább. Ekkor ugyan a nyilatkozatok után további eljárás ugyan nem szükséges: de az ítélethozatal a bíróra nézve már nem oly egyszerű, mint az első esetben, mert most a birónak a tényalapon kivül *más tényeket is* kell figyelembe vennie, a melyek a keresetben még nem szerepeltek, s a melyek épen a kifogások és ellenkifogások által *vitettek be a perbe*. A peranyag tehát a keresetben felhozott tények mellett más tények által is bővül s mindezeket együttesen kell a birónak az ítélet alapjául elfogadnia. Még bonyolultabb az eljárás akkor, midőn az alperes a tényalapot tagadja, vagy ellene kifogással él s ezt tagadja a felperes vagy pedig az alperes kifogása ellen a felperes ellenkifogást hoz fel, a melyet ismét az alperes tagad vagy ez hoz fel egy ujabbi ellenkifogást, melyet a felperes tagad és igy tovább. Mindezen esetekben a tagadott tényalap, kifogás s ellenkifogások valódiságáról a birót meg kell győzni, bizonyos tények, bizonyító tények és bizonyos személyek vagy dolgok, bizonyító eszközök megjelölése által, a melyeknek figyelembe vételét a birótól kifejezetten vagy hallgatag kérni kell. Ekkor is a per uj tények, uj személyek és tárgyak által bővül, a melyeknek észleléséből kell a birónak ítéletét levezetnie.[1]

[1] Ebből is látható, hogy helytelen a kifogás fogalmát arra alapítani, hogy a perbe *uj tények* vétetnek be, mint ezt PLANCK: i. m. II. k. 46. l. teszi. Mert a bizonyításnál is bevétetnek uj tények, a nélkül, hogy valaki ezeket kifogásoknak nevezné.

## 34. §. A bizonyításról általában. Fogalommeghatározások.

I. Mint az előző §. végén kifejtettük, a per sokkal egyszerübb, midőn az egyik fél a másik fél kérelmének vagy nyilatkozatának indokolását beismeri, mint akkor, midőn azt tagadja vagy csak a jogi hatását tagadja. Ennek oka az, hogy a biró az előbbi esetben sokkal rövidebben szerez magának az indokolásul szolgáló tények valódiságáról meggyőződést, mint az utóbbi esetekben. Nem az tehát az ok, mintha az első esetben az indokolásul szolgáló tények valódiságáról a meggyőződés szerzése *ki volna zárva*, s az csak az utóbbi esetekben foglalna helyt. Mert a biró csak valóknak ismert tények alapján vehet figyelembe kérelmeket és nyilatkozatokat, feltéve, hogy azok alkalmasak arra, mikép a tételes jog értelmében a kérelem és nyilatkozat figyelembe vehető legyen. Ebben röviden jeleztük álláspontunkat a bizonyítás fogalmával szemben.

A bizonyítás a biró meggyőzése a felek részéről a tényalap, a kifogás, ellenkifogás és esetleg egyes bizonyító tényekül szolgáló tények (erről alább) valódiságáról. Itt mindenek előtt azt kell kiemelnünk, a mi a fogalommeghatározásra első sorban döntő, hogy a bizonyítandó ténynek nem kell szükségképen tagadottnak lennie. A biró nemcsak akkor szerez magának egy tény valódiságáról meggyőződést, midőn azt az ellenfél tagadja, hanem akkor is, midőn azt beismeri. Épen a fél beismerése juttatja a birót a legerősebb meggyőződéshez, sokkal erősebbhez, mintha azt a biró más úton szerezte volna. Ha a biró beismerés utján egy tény valódiságáról meggyőződést szerez, s ha a bizonyitás általában arra a czélra szolgál, hogy a biró egy tény valódiságáról meggyőzessék: akkor lehetetlen az előbbi esetet a bizonyítás köréből kizárni. Mert az, hogy az előbbi esetben a meggyőződés szerzése igen egyszerü, ellenben más esetekben, miután a tény tagadtatik, bonyolult, csak az eljárás szabályozására birhat befolyással, de nem a fogalomra, s így nem is mondhatjuk helyesen, hogy az előbbi esetben a bizonyítás kizáratnék, s az csak az utóbbi esetben foglalhatna helyt. Csak annyi áll, hogy az előbbi esetben olyan bizonyítási eljárás van kizárva, minőnek az utóbbi esetben van helye.

A tények, a melyeknek valódiságáról a birónak meggyőződést kell szereznie, mindig már megtörtént tények s így a biró saját

megfigyelése által azok valódiságáról nem is győződhetik meg. A biró ama tényeknek rendszerint csak hatásait észlelheti, és csak ezekből következtethet vissza maguknak a tényeknek valódiságára. Minden tény egy állapotváltozást idéz elő, ebből kisebb vagy nagyobb bizonyossággal következtetést vonhatunk arra, hogy azt mely tény idézte elő, habár magát ezt a tényt nem is észleljük, hanem csak hatását, az állapotváltozást. Ebből a biró majd *közvetlenül* von következtetést az azt előidéző tényre, majd pedig csak *közvetve,* azaz úgy, hogy a biró abból előbb egy más tényre következtet és csak ebből egy további tényre, mely ama közbeeső tényt, mint állapotváltozást előidézte. Ez az utóbbi eset akkor fordul elő, midőn az első tény által előidézett állapotváltozás nem áll fenn többé, úgy, hogy a biró ezt sem észlelheti, hanem csak az általa előidézett további állapotváltozást lehet észlelnie. Ekkor a következtetés ebből fog történni úgy a második miként az első tényre. De előfordul itt az is, hogy a biró az észlelt tényekből más tényekre következtet, a melyek a bizonyitandó tény *okai* voltak, melyek t. i. ez utóbbit előidézték, tehát a melyek nem a bizonyitandó tény hatásai, *okozatai*. A közvetlen következtetésnél ez azonban soha nem lehetséges, mert annál egyedül az okozatról következtethetünk az okra. Ennek magyarázata pedig az, hogy azt a tényt, a melyet egy más tény, mint ok előidézett, lehet észlelni, de magát az ok gyanánt szereplő tényt soha, mert minden tény az által szünik meg létezni, mihelyt más tényt idéz elő. Egy érzékeink által megfigyelhető tény tehát mindig csak más tényeknek okozata gyanánt áll előttünk, a melyből azokra a tényekre, a melyek azt mint okok, közvetlenül vagy közvetve előidézték, következtetni lehet. Az ok gyanánt szereplő tényből azonban, a melyre az okozatból visszakövetkeztetünk, a bizonyító tényre következtethetünk, vagy mint okozatra, vagy pedig okra, mert a megtörtént tény, a melyet egy más tény észleletéből ismerünk meg, sokszor nemcsak arra enged következtetni, hogy azt a tényt minő más tény idézte elő, hanem, hogy az minő más tényt hozott létre, melyet más úton megismernünk nem sikerül. A közvetlen és közvetett következtetés közt ennek folytán az a különbség, hogy az előbbi mindig egy észlelt tényből, mint okozatból az okra való következtetés; a közvetett következtetés is első sorban ilyen, de azután abból a tényből, a melyből tovább kell következtetnünk egy más tényre, vagy mint annak okára vagy pedig oko-

zatára következtetünk. A közvetett következtetésnél tehát mindig több következtetés van, a közvetlennél csak egy. Ezen több következtetés közül az első épúgy, miként a közvetlen következtetésnél okozatról okra való következtetés, de a további vagy szintén okozatról okra vagy pedig okról okozatra való következtetés.[1]

Szükséges volt ezt kifejtenünk azért, hogy tisztán lássuk a bizonyitás természetét. E szerint a *közvetlen bizonyitás* kizárólag okozatról okra való következtetés s áll abból, hogy a biró az általa észlelt tényből következtet a tényalapra, kifogásra vagy ellenkifogásra, s jellemzi az, hogy az észlelt tényből csak egyszeres a következtetés a bizonyítandó tényre. Ellenben a közvetett bizonyitás mindig két következtetés összetételéből áll, az egyik és első szintén mindig okozatról okra való következtetés, t. i. az észlelt tényből, mint okozatból egy másik tényre mint okra, a másik, ebből mint okozatból vagy pedig okból a bizonyítandó tényre, a tényalapra, kifogásra vagy ellenkifogásra való következtetés.

A közvetlen bizonyitásnál általában, a kozvetett bizonyításnál pedig a biró által észlelt tény, melyből az első következtetés történik, mindig *bizonyító okozat*, a másik következtetés alapjául szolgáló tény pedig vagy *bizonyító okozat* vagy *bizonyító ok*. Mi e tényeket, melyek a következtetés alapjául szolgálnak, rövidség okáért *bizonyító tényeknek* fogjuk nevezni, a fenntebbiek alapján az eset körülményeihez képest kell elbírálni, vajjon azok bizonyító okozatok vagy bizonyító okok. Helytelen azonban azokat általában minden megkülönböztetés nélkül bizonyító okoknak nevezni, mint ezt általában tenni szokás,[2] annál inkább, mert az esetek túlnyomó

[1] Példa. A felperes beperelvén az alperest egy kölcsönösszeg kifizetése iránt, az utóbbi azzal a kifogással él, hogy a kölcsöntartozást kifizette. A felperes tagadván a kifogást az alperes azzal bizonyít, hogy felmutat egy póstai vevényt, melyből kitűnik, hogy a felperesnek a kölcsönösszeggel egyenlő összeget küldött és felmutatja a felperes által visszaadott kötelezvényt. A tény, a melyre itt következtetni kell, a tartozás kifizetésének ténye. S ez a következtetés itt két úton történik. Az egyik az, hogy az alperes pénzt küldött a felperesnek; a pénzküldés ténye, oka a tartozás kifizetésének (következtetés okról okozatra). A másik, hogy a felperes a kötvényt visszaadta, a visszaadás ténye, okozata a fizetés tényének, mint oknak, (okozatról okra való következtetés).

[2] Igy pl. Heussler: Arch. für Civ. Praxis LXII. 219. l.; különösen

többségében nem is bizonyító okok, hanem okozatok. Bizonyító *okról* általában, inkább csak mint *meggyőződési okról* lehet szó, értvén alatta azt, hogy *miért* tartja a biró igaznak, hogy egy tényt, egy más tény idézett elő; jelenti tehát a bizonyító ok a bizonyító tény hatását a biró értelmi képességére, a melynél fogva egy bizonyos tényt valónak elfogad. A tény, a melyre a bizonyító tényből következtetni kell, *a bizonyítandó tétel.* Ez pedig mindenesetre a tényalap, esetleg a kifogások és az ellenkifogások. A közvetett bizonyításnál az a bizonyító tény is egyúttal a bizonyítandó tétel, a melyre első sorban történik a következtetés s a mely azután a további következtetésnek képezi az alapját. A közvetett bizonyítást tehát az jellemzi, hogy itt a bizonyítandó tétel nemcsak a tényalap, esetleg kifogások és ellenkifogások, hanem egy más tény is, míg ellenben a közvetlen bizonyításnál csak az előbbiek a bizonyítandó tétel. A közvetett bizonyítás, a perben igen nagy jelentőséggel bír s *mesterséges, indirect* bizonyításnak, ujabban pedig *indiciumok* által való bizonyításnak is neveztetik.[1]

II. Minden bizonyítás, tények bizonyítása, a melyek már korábban megtörténtek, s így minden bizonyítás *történeti bizonyítás.* Jelenben történő tényeket csak észlelni lehet, de nem bizonyítani. A tények mindig csak hatásaikban észlelhetők, a melyeket *dolgokon* és *személyeken* előidéznek és a melyek abban nyilvánúlnak, hogy a dolgok vagy személyek állapota megváltozik. Minden tény ugyanis mindig egy más tényt idéz elő, a mely abból áll, hogy bizonyos személyek és dolgok állapota megváltozik. S miután a bizonyító okozat is egy más tény által előidézett tény, ennélfogva az is egy dolog vagy személy állapotváltozásából áll. A biró a bizonyító okozatokat úgy ismeri meg, hogy a dolgoknak vagy személyeknek állapotváltozását megfigyeli. Ezeket a személyeket és dolgokat *bizonyító eszközöknek* nevezzük. A bizonyító eszközök tehát a bizonyító tények megismerésének eszközei, azok a tárgyak, a melyeken a bizonyító tény észlelhetővé válik, úgy, hogy ebből lehet azután következtetést vonni az azt előidéző tényre is. A megfigye-

pedig KOHLER: Gesammelte Beiträge 368. l.; PLANCK: i. m. II. 188. s k. l.: Terv. 281. §[2].

[1] Langenbeck: i. m. 406. l.; HEUSSLER: Arch. f. Civ. r. Pr. LXII. 228. l.; WENDT: Arch f. Civ. Pr. LXIII. 294; KOHLER: Gesammelte Beiträge 367. l. WACH: Vorträge 203. l.; STEIN: Das private Wissen des Richters 32. l.

lés természetesen más a dolgokon és személyeken előidézett *phizikai*, mint a személyeken előidézett *szellemi* behatásoknál. Amott a biró a dolgot vagy személyt érzékeivel megfigyeli, így megtudja azt, mi a rajta beállott állapotváltozás s ebből pedig visszafelé következtet arra a tényre, a mely azt előidézte. Emitt a biró meghallgatja a személyt s előadásából tudja meg, minő szellemi behatást nyert, s mi volt az azt előidéző tény.

A dolgok általában, a melyeknek állapotváltozása bizonyító tényül szolgál egy tény megtörténtére nézve, *a szemletárgyak*. A személyek is szemletárgyak, a mennyiben egy physikai behatás által előidézett állapotváltozásukról van szó. Szemletárgyakként szereplő dolgok köréből különösen kiválnak azok, a melyek gondolat nyilvánitások hatásait tüntetik fel, gondolatnyilvánitásokra általában használt jelekkel. Ezek a szemletárgyak *az okiratok*. Ha a dolog állapotváltozása egy más ténynek hatása vagy ha egy gondolatnyilvánitásnak a hatása, de nem a gondolatkifejezésre általában használt jelekkel: a dolog *szemletáryy szükebb értelemben*.

A személyek pedig mint bizonyítási eszközök *tanuk tágabb értelemben* véve. Ezen meghatározás alá minden személy esik, a ki egy tényt észlelt, észleletét emlékezetében tartja, s tudását a birónak előadja, a melyből az a tényre következtet. E szerint nemcsak azok a személyek tanuk, a kik a peren kívül állván, a felektől különböző személyek, hanem maguk a peres felek is, a mennyiben tudomásukat a biró figyelembe veheti. Rendszerint azonban tanuknak csak az előbbieket szokás nevezni, a feleknek meghallgatását pedig más elnevezésekkel szokás jelölni. Így szokás beszélni a fél esküjéről, a félnek kihallgatásáról eskü alatt és a félnek beismeréséről. Ez annak a kifejezésére, hogy a fél tudomása a perben minő különböző korlátozások mellett jöhet figyelembe, egészen helyes. De már nem megfelelő ama különböző elnevezésekkel azt jelezni, hogy a fél a perben nem bizonyító eszköz s nem esik a tanuk fogalma alá. A fél bizonyító eszköz, mert sok esetben a biró a tényeket csak a fél előadása alapján ismeri meg; a fél tudomása tehát bizonyító tény, mint más tanuké, s így a fél is tanu. A peren kívül álló egyénektől, mint tanuktól csak abban különbözik, hogy tudomása csak bizonyos megszoritások mellett jön figyelembe, de ez magát a fogalmat nem érinti. A fél tudomása a perben csak annyiban jön figye-

lembe, a mennyiben a fél beismer, esküt tesz vagy pedig eskü alatt kihallgattatik.[1]

III. Minthogy minden tény hatása bizonyos dolgokon vagy személyeken előidézett állapotváltozásban nyilvánul: minden bizonyítás csak bizonyító eszközök utján lehetséges; az u. n. *dialecticai vagy logikai bizonyítás,* bizonyító eszközök nélkül nem létezik. Ez a bizonyítás egyes tételeknek bizonyitásából állana,

[1] Hogy mi tekintessék bizonyító eszköznek, arra nézve a vélemények eltérnek. Egyébiránt ezt a fogalmat közelebbről meghatározni s azt egy másik fogalomtól a bizonyító tény (helytelenül bizonyító ok) fogalmától elválasztani, csak újabban szokás. A régebbi írók általában, de még sokszor az ujabbak is a két fogalom közti különbséget fel sem ismerik, a mi természetesen sok zavarnak az oka. Igy a mi régebbi iróink közül FRANK: i. m. II. 151. l. azt, a mi állításunk valóságát bizonyossá teszi, *bizonyságnak, tanuságnak* mondja. Arra a kérdésre pedig, mivel és miképen történik a bizonyítás? azt feleli: 1. birói szemlélettel, 2. tanúk vallomásával, 3. némely dologban műértők nyilatkozatával, 4. irományokkal, 5. esküvéssel, 164. l. De a műértőkre nézve egy más helyen találóan megjegyzi, hogy azok a biró segédei. II. 192. l. A német írók közül még WETZEL: i. m. 187. l. és BETHMANN-HOLLWEG: i. m. II. 594. s k. ll. is csak bizonyítási eszközökről beszélnek. A franczia irodalomban pedig e két fogalmat még most sem különböztetik meg. L. GARSONNET: Traité II. 295. s k. ll. Az ujabb német irodalomban pedig, habár a bizonyító eszköz és bizonyító tény fogalmait meg is különböztetik: a bizonyító eszköz fogalma alá nem foglalják mindig magukat a dolgokat és személyeket, a melyeken egy bizonyos hatás észlelhető, hanem annak e személyek bizonyos *nyilatkozatait* is nevezik. Igy legtöbben a fél *esküjét* nevezik bizonyító eszköznek, nem pedig magát az esküt tevő *felet.* L. Langenbeck: i. m. 339. l. HEUSSLER: Arch. LXII. 237. l.; ZLINSZKY: i. m. 238. l.; WACH: Vorträge 203. l. nemcsak a fél esküjét, de a peren kívül tett beismerését is bizonyító eszköznek mondja. Ennek helytelenségét alább mutatjuk ki. Másrészt helytelen, a szükebb értelemben vett szemletárgyakat a bizonyító eszközök sorából kizárni, azon a czímen, hogy azok a per tárgyai, s hogy azokon a biró jelen tényeket észlel. HEUSSLER: Arch. f. c. Pr. LXII. 238. l. Ezeket még csak a bizonyító erő dolgában sem lehet a többi bizonyitó eszközöktől megkülönböztetni, mint ezt CANSTEIN: Zeitsch. f. Deutschen Civilprocess II. 340. l. teszi, azt állítván, hogy a szemletárgyak bizonyosságot, a többi bizonyító eszközök csak kisebb nagyobb valószínűséget nyujtanak. Végül a *szakértők* nem bizonyító eszközök, mint ezt KOHLER: Gesammelte Beiträge 366. l. és mások mondják. Azok a biró segédei, kik az ő észlelését és következtetését csak előmozdítják. Sok tekintetben helyes HEISSLER: Lehre vom Beweise im öst. Civilprocesse, Grünhút-féle Z. XII. 36. s. k. ll. V. ö. még ENDEMANN: Die Beweislehre des Civilprocesses 1860.

némely általános tételekből vont *következtetés* útján.[1] Pusztán szellemi műveletekkel, egy általánosan valónak elismert tényből, vagy egy olyan tényből, a melynek valódiságát a törvény egyelőre feltételezi (l. alább), lehet ugyan következtetést vonni egy más tényre, a nélkül, hogy a biró annak valódiságáról, minden esetben különös eljárás útján meggyőződni tartoznék, mert az ellenfél ama tény valódiságát beismeri vagy mert a bizonyítás ki van zárva. Az utóbbi esetben bizonyitás elő sem fordúl, az előbbi esetben pedig a bizonyítás csak látszólag történik bizonyító eszköz nélkül, mert ott a beismerő fél az. Ha pedig a fél a valónak vett tényt tagadja, az csak úgy, mint más tagadott tény a többi bizonyító eszközök útján bizonyítandó.

A bizonyító eszközön észlelt állapotváltozásból majd közvetlenül lehet következtetést vonni a tényalapra, kifogásra, ellenkifogásra vagy pedig csak közvetve, úgy, hogy abból előbb történik következtetés egy tényre, mint bizonyító okozatra, és csak azután ebből a tény alapra, kifogásra s ellenkifogásokra. Az előbbi, mint tudjuk a közvetlen, az utóbbi a közvetett bizonyítás. Ettől azonban jól kell megkülönböztetni egy más jelenséget s ennek okából bocsátottuk előre ama tételt, hogy a *bizonyító eszközön történt állapotváltozás* majd közvetlenül észlelhető, majd csak közvetve. Közvetlenül, ha nem szükséges egy más ténynek a közbenjötte, abból a czélból, hogy a biró a bizonyító eszköz állapotváltozását észlelhesse, miként a szemletárgyaknál és okiratoknál; közvetve, midőn az észleléshez ilyen tényre szükség van, miként a tanuknál tágabb értelemben. Hogy ugyanis a biró a tanu tudomásáról meggyőződhessék, ahoz a tanu *előadása, vallomása* szükséges. Ez a megkülönböztetés, minket annak felismerésére vezet, hogy mi a bizonyító tény a szemletárgyaknál és okiratoknál, másrészt pedig a tanuknál tágabb értelemben. Az előbbenieknél közvetlenül az a tény, a melyben állapotváltozásuk nyilvánul, az utóbbiaknál pedig nem az közvetlenül, hogy egy hallott tényt emlékezetükben tartottak, hanem kőzvetlenül az emlékezetben tartott tényről való *előadásuk*. És ennélfogva a tanuvallomás, a fél beismerése, esküje és eskü alatt tett vallomása bizonyító tények, nem pedig bizonyító eszközök, mint ezt különösen az esküről állítani szokás. Az a körül-

[1] Heussler. Arch. f. Civ. Pr. 218. LXII. l.; Canstein: Zeischr. f. d. Civilp. II. 337. l.

mény, hogy a tanuknál tágabb értelemben, a biró a bizonyítandó tény által nyert behatást, azoknak csak egy szellemi művelete, előadása utján észlelheti, előidézi azt, hogy a biró rendszerint nem szerezhet magának oly kétségtelen meggyőződést a bizonyítandó tényről, mint a szemletárgyaknál, a hol a biró az állapotváltozást azon alakban észlelheti, mint azt a bizonyítandó tény előidézte s nem fordúlhat elő az, mi a tanuk előadásánál, hogy a biró a bizonyítandó tény megtörténtéről nem csak homályos előadást hall, hanem meg nem történt tények, megtörténtek gyanánt adatnak elő.

IV. Minden esetben a bizonyító tény felismeréséhez az szükséges, hogy a biró a bizonyító eszközt *észlelje*. Az észlelés a bizonyító eszköz minőségéhez képest különböző érzéki megfigyelésből áll. De ez soha nem bizonyító okozat vagy pedig bizonyító eszköz, mint ezt gyakran állítani szokás. A birói észlelés általában segédcselekvény abból a czélból, hogy a biró határozhasson, s így kétségkívül a biró ismeretének és határozatának oka, de nem eredménye, nem hatása a bizonyítandó ténynek. Ez egy más tény, a melyre épen az észlelés irányul, s így ez utóbbi nem is lehet bizonyító tény. Nem bizonyító eszköz, mert ez mindig egy személy vagy dolog, nem pedig cselekvény. Egyébiránt a biró a bizonyítás körén kívül is észlel, midőn az előtte jelenben végbemenő tényeket megfigyeli, a melyeknél nem arról van szó, hogy a biró más megtörtént tényekre következtesssen, amint ez a bizonyításnál múlhatlanul szükséges. A biró megfigyelését sokszor a megfigyelésre különös jártassággal biró egyének, *szakértők* mozdítják elő. Ezek azonban nem bizonyító eszközök, mint ezt igen gyakran mondani szokás, hanem csak a biró *segédei*. Valamint maga a biró, a ki észlel, nem bizonyító eszköz, épúgy a szakértő sem az, a ki a birónak az észlelésnél segédkezik. Bizonyító eszköz fogalmilag csak azon dolog vagy személy, a melyen egy megtörtént tény hatása észlelhető. De a szakértőnél ez nem forog fenn, ő nem arra nézve vall, hogy mi történt, hanem arra nézve világosítja fel a birót, hogy a jelenben létező vagy történő tényeket miképen kell felfognia.

## 35. §. Nyilatkozás a bizonyító tényekre és eszközökre.

I. Soha sem szabad szem elől téveszteni, hogy a bizonyításnál a biró visszakövetkeztet jelen tényekről, mult tényekre. A biró az

előtte történő vagy még létező tényt, a bizonyító okozatot észlelni s abból, annak ható oka gyanánt szereplő, multban történt tényre következtetni tartozik. Hogy a biró által észlelt tény csakugyan okozata-e egy általa többé nem észlelt ténynek: azt a biró a gondolkodás szabályai alapján belátása szerint határozza meg, s nincs előfeltételezve attól, hogy azt a fél is annak elfogadja vagy sem.

Sokszor azonban az a tény, a melyből a következtetés történik, magának a *perben álló félnek az előadása.* Névszerint előfordul ez a következő esetekben: *a)* a fél beismeri az ellenfél által felhozott tényalapot, kifogást vagy ellenkifogást, *b)* a biró a bizonyító tényt, a melyből a következtetés közvetlenül a tényalapra, kifogásra, illetve ellenkifogásra történik, miután már korábban megtörtént, nem észleli; erre csak más tényből lehet következtetnie, s ez a tény szintén a fél beismerése, *c)* a bizonyítandó tényre nézve más bizonyító tény nincs is mint a felek előadása, még pedig az egyik állítása, hogy az megtörtént, a másiknak tagadása, hogy nem történt meg.

A első esetben, mint láttuk, a félnek nyilatkozata, kötelességszerűen tehető nyilatkozatai közül az egyik. És ezzel a fél egyuttal közvetlen bizonyító okozatot, még pedig valamennyi közt legerősebb bizonyító okozat szolgáltat a birónak. Ez képezi a perbeli beismerés lényegét, mint ezt alább kifejtjük. A második esetben a félnek beismerése közvetett bizonyító tény és jogi természetét tekintve szintén a fél *kötelességszerűen* tehető nyilatkozatainak egyike. S ezzel eljutottunk egy pont kifejtéséhez, mely által a bizonyítás tanát is jobban fogjuk megvilágítani.

A feleket ugyanis nemcsak a tényalapra, kifogásokra és ellenkifogásokra, hanem azon tényekre nézve is terheli nyilatkozási kötelesség, a melyek az előbbiekre nézve közvetett bizonyító tényt képeznek. Azaz midőn a tényalapnak, kifogásoknak, ellenkifogásoknak mint bizonyítandó tényeknek hatása nem nyilvánul közvetlenül egy bizonyító eszközön, hanem ezek hatása egy ujabb tényt szült és csak ez észlelhető valamely bizonyító eszközön: a bizonyító fél ellenfelének nyilatkoznia kell, vajjon azt a tényt beismeri-e vagy pedig tagadja, más szavakkal, vajjon akar-e arra nézve önmaga bizonyító eszköznek szolgálni s bizonyító tényt nyujtani vagy pedig arra a czélra más bizonyító eszközök vétessenek-e igénybe? A per mindig legrövidebb akkor, mindőn a bizo-

nyítandó tény valódiságára a fél beismerő nyilatkozatából lehet következtetni. Ennek lehető elérése czéljából teszi a törvény a fél kötelességévé egyik vagy másik irányban nyilatkozni. Hogy ez kötelesség, az kitünik abból, hogy a nyilatkozás elmulasztása esetén a közvetett bizonyító tény, a mely bizonyítandó volna, valónak vétetik.[1]

A harmadik esetben is van nyilatkozási kötelesség ott, hol a kérdés eltérően nincs megoldva. Ha valamely tényre másból mint a felek előadásából nem lehet következtetni: akkor a fél kérelmére, a kinek bizonyítani kell, a másik felet a törvény kötelezi, hogy nyilatkozzék, vajjon a bizonyitandó tény *valótlanságát* ő akarja-e saját előadásával bizonyítani vagy pedig annak *valódiságát* az ellenfél bizonyítsa szintén saját előadásával? Hogy az egyiket vagy másikat tenni, a fél kötelessége, kitünik abból, hogy a mennyiben sem a bizonyításra nem vállalkozik, sem pedig a bizonyítást a másik félre át nem hárítja, a bizonyítandó tény valónak vétetik, a mint az régi időtől fogva a *főeskü* által való bizonyításnál történik. (T. 222., 233., 234. §§.)[2] E szerint a kinált esküt elfogadni és letenni vagy pedig azt visszakinálni, itt csak ez utóbbit vesszük figyelembe, a félnek perbeli kötelessége az állammal szemben. A kinált főesküre való nyilatkozási kötelesség lényegesen különbözik a fél nyilatkozási köteleségétől az első és második eset értelmében. Ezen esetekben az arra irányul, vajjon akar-e maga a fél a bizonyítandó tény *valódisága* iránt bizonyító eszközként sze-

[1] Hogy ez a mi jogunk szerint is így van, ez világosan kitünik abból hogy mindegyik fél a másiknak *tényállításaira* nyilatkozni tartozik. Közvetlenül ugyan, miként a német perrendben 129. §. nincs kimondva, de félreismerhetlenül vannak megállapítva a következmények. V. ö. T. 159. §.; S. E. 50., 51. §§. A tényállítás pedig nem lehet más, mint tényalap, kifogás, ellenkifogás és *közvetett bizonyító tény*. Ha tehat arról van szó, hogy az alperes a kölcsön felvételét *perenkívül beismerte* (közvetett bizonyító tény), az alperesnek kötelessége nyilatkozni: vajjon beismeri-e, hogy perenkívül beismert vagy pedig ezt tagadja. Ha nem nyilatkozik, a perenkívüli beismerés megtörténtnek vétetik.

[2] A mi jogunk értelmében a főesküt vagy elfogadni kell vagy visszakinálni, a nyilatkozás tehát a félnek igen terhes kötelessége. Nincs megengedve, mint a régebbi jogokban előfordult, a kinált főesküt bizonyos feltételek mellett joghátrány nélkül *visszautasítani*, s nem visszakinálni. A kinált főesküre való nyilatkozást Wach is a fél kötelességének mondja. Grünhut-féle Zeitsch. VII. 164. s k. ll.

repelni s a felektől különböző más bizonyító eszközök alkalmazását kizárni vagy pedig, hogy ezek vétessenek-e igénybe? A harmadik esetben pedig arra, vajjon akar-e a bizonyítandó tény *valótlansága* iránt bizonyító eszköz gyanánt szolgálni vagy pedig annak valódisága iránt bizonyító eszközül az ellenfél szerepeljen?

Ettől azonban, mint érintettük, sokszor eltérnek, mert nem a bizonyító fél ellenfelének nyilatkozatától teszik függévé, hogy a bizonyító fél bizonyító eszközül szolgáljon, hanem ezt a biró hivatalból határozza meg. A T. 235. §-a értelmében az egyoldalúan ajánlott főeskünél nem függ az ellenfél nyilatkozatától, hogy a bizonyító fél főesküre bocsáttassék, a visszakinálhatlanul kinált eskünél pedig kell az ellenfélnek bizonyító eszközül szerepelnie, a főesküt a másik félre át nem hárithatja. A S. E. 95. és 96. §-ai és a Terv. 379. és 380. §-ai szerint is vannak esetek, midőn a bizonyító fél az ellenfél nyilatkozata nélkül hallgattatik ki eskü alatt. Ezen esetekben természetesen nincs nyilatkozási kötelesség arra nézve, hogy a fél maga akar-e bizonyító eszköz lenni vagy pedig ez a másik fél legyen, hanem a biró ezt a szerepet az egyikre vagy másikra vagy saját ajánlkozása alapján vagy pedig *hivatalból* rójva. A mennyiben a biró ezt az utóbbit teszi, az illető felet kötelezi bizonyító eszköznek lenni. A feleket tehát terheli *törvényes kötelesség* a perben szükség esetén bizonyító eszközül szerepelni. A rendes perben előfordul ez a viszszakinálhatlanul kinált főeskünél (T. 235. §.), a pót-becslő-felfedező és a valódiságí eskünél (T. 236., 237., 238. §§. és 172. §. *c* és *d*); a sommás perben szintén akkor, midőn az eskü alatti kihallgatás az emlitett esküket pótolja (96. §[8], 97., 100. §§.) és ezenfelül a biró belátása szerint akkor is, midőn az eskü alatti kihallgatás más bizonyító tény hiányában történik. (S. E. 96. §[2]).[1] Ezen eseteket, a melyekben az egyik felet

[1] A S. E-sal teljesen megegyez a Terv. is. 379—382. §. Ujabban sokkal nagyobb terjedelemben alkalmazzák ezt az elvet mint régebben; különösen teszi ezt az osztrák perr. 371—381. §. Hogy a felet akkor, midőn a biró neki hivatalból esküt itél vagy őt eskü alatt kihallgatja, törvényes kötelesség terheli, bizonyító eszközül szolgálni: kitűnik világosan abból, hogy az illető felet joghátrány, pervesztesség éri, a mennyiben vallani vagy esküt tenni nem akar. Igaz, hogy a sommás perben a biró a pervesztességet belátása szerint mondja ki. (S. E. 99. §.) és nem minden esetben, miként a rendes perben, de azért az a tétel helyességén nem változtat. Nem szól ellene az sem, hogy az eskü alatt kihallgatandó félre

törvényes kötelesség terheli bizonyító eszköznek szerepelni, jól meg kell különböztetni a fentebbiektől, a melyek szerint nyilatkozni tartozik, vajjon egy bizonyító tény valódisága iránt önmaga akar-e bizonyító eszközül szolgálni vagy pedig más bizonyító eszköz alkalmaztassék és vajjon, ha más bizonyító eszköz nincs, akar-e a bizonyítandó tény valótlansága iránt bizonyító eszközül szerepelni vagy pedig annak valódisága iránt a bizonyító fél maga legyen-e bizonyító eszköz? Ama eseteket itt csak ez utóbbi fogalmak minél határozottabb kifejezése czéljából hoztuk fel. Végül csak még azt jegyezzük meg itt, hogy nem szükséges a nyilatkozás az iránt, vajjon a fél akar-e bizonyító eszközül szerepelni, midőn a felek a sommás perben (S. E. 100. §.) és a Terv. szerint általában (386. §.) *megegyeztek*, helyesebben a biró elé azt az egyértelmű *kérelmet* terjesztették elő, hogy egyes ténykürülmények bizonyítása egyik vagy másik fél által leteendő eskütől tétessék függővé. Sőt váltóperekben főeskü csak ilyen egyezség, illetve közös kérelem alapján alkalmazható. (V. E. 26. §.).

II. Ha a bizonyító fél ellenfele kijelenti, hogy a bizonyítandó tény valódisága iránt bizonyító eszközül szolgálni nem akar, szükséges, hogy a bizonyító fél más bizonyító eszközöket nevezzen meg. Hogy a birónak az ezeken észlelhető bizonyító tényekből, a bizonyítandó tényre következtetnie lehessen, ahoz az szükséges, mikép a bizonyító eszközök erre *alkalmasak* legyenek. Azt, hogy egy szemletárgy erre mennyiben alkalmas, a biró mindenütt belátása szerint mérlegeli. Ugyanez áll a tanukra a szabad bizonyítás rendszere szerint, ellentétben a kötött rendszerrel s ugyanez áll a feleknek eskü alatti kihallgatására is. Az eskünél ellenben a félnek bizonyos tulajdonságokkal kell birnia, hogy esküre bocsátható legyen. Bizonyos tulajdonságokkal kell birnia az okiratnak is, hogy bizonyító eszközül szolgálhasson. Ha kétely merül fel, vajjon valamely személy vagy dolog bizonyító eszközül szolgálhat-e, ezt előzőleg meg kell állapítani. A biró ezt majd hivatalból, majd pedig csak az egyik fél kifogására tartozik tenni. Hivatalból akkor, midőn a bizonyító eszköz alkalmasságát a törvény a biró belátására bizza, valamint akkor is, midőn a törvény a kellékeket meghatározván,

pénzbírság vagy szabadságvesztés büntetése nem szabható ki, mint más tanúkra, ha vallani nem akar. Az esetleges perveszteség nagyobb kényszer, mint ezek a büntetések.

a biró kötelességévé teszi, hogy azokat saját kezdeményezéséből vizsgálja. Ezen két esetben a biró eljárása a meggyőződés szerzése körül semmiképen sincs előfeltételezve valamelyik fél nyilatkozatától. Ellenkezőleg akkor, midőn a biró a bizonyító eszköznek a törvényben megállapított valamely kellékét csak az egyik fél kifogására vizsgálhatja, a mint ez a mi jogunk szerint is áll az okirat valódiságának és hamisítatlanságának kérdésében általában, a rendes perben pedig ezen felül a félnek esküképessége tekintetében is, midőn a fél a törvényben felsorolt bűncselekvények miatt ítéltetett el. (N. 21. §.). Ezen esetekben a biró azt, hogy a bizonyító eszköz alkalmas-e a bizonyításra csak a bizonyító fél ellenfelének indokolt tagadására fogja vizsgálni. Ez a *bizonyítási kifogás.* E nyilatkozat a bizonyító fél ellenfelének kötelességszerü cselekvénye, a mi kitűnik abból, hogy a mennyiben ez a fél azt a nyilatkozatot elmulasztja, a bíróság a bizonyító eszközt a bizonyitásra alkalmasnak fogja tekinteni. A mennyiben pedig tagadja, a bizonyító eszköz alkalmassága a bizonyításra, bizonyítandó.[1] Hogy ezen esetben a bizonyítás kit terhel, azt később fejtjük ki.

## 36. §. A perbeli beismerés.*

I. A bizonyító tényeket és eszközöket mind itt nem fogjuk egyenként ismertetni, miután az előző §§-ban adott általános ismertetésünk a részletek megértésére eléggé tájékoztató. Csak a félnek perbeli beismerését kell behatóbban tárgyalnunk, nemcsak azért, mert e tekintetben nézetünk az uralkodó felfogástól eltér, hanem abból az okból is, mert ez által a perjog egyéb kérdéseit is lehet megvilágítanunk.

A perbeli beismerés a félnek a perben tett nyilatkozata, melynél fogva az ellene felhozott tényalapot, kifogást, ellenkifogást vagy közvetett bizonyító tényt valónak jelenti ki. A fél, a ki a kijelentést teszi, bizonyító eszköz, nyilatkozata a bizonyító tény. Hogy

[1] Már Wach is Grünhút-féle Zeitsch. VII. 162. l. mondja, hogy az *okirat valódisága* iránt a bizonyító fél ellenfelét nyilatkozási kötelesség terheli.

* Rendszerint *bíróság előtti beismerésnek* mondják, megkülönböztetésül *a bíróságon kivüli beismeréstől.* Mi találóbbnak tartjuk a *perbeli* és *perenkivüli* beismerés elnevezést. Frank: i. m. II. k. 154. l. vallomásnak mondja.

a törvény a beismerő felet bizonyító eszköznek, nyilatkozatát bizonyító ténynek elfogadja, annak az az oka, mert a beismerésnél mindig egy a beismerő fél ellen felhozott tényről van szó. Ha ezt a fél maga nyilvánítja valónak, a birónak is azt annak kell vennie azon alapelvnél fogva, a melyet a törvény a polgári perben a bizonyítás körül követ. Itt ugyanis a biró a tárgyalási elv alapján a tények valódiságáról csak azon bizonyító tények és eszközök alapján győződhetik meg, a melyeket a felek megjelöltek s nem teheti azt, mint a büntető perben, hogy belátása szerint használna fel bizonyítékokat, a melyekre a felek nem is hivatkoztak. Hogy ezen különbségnél fogva a biró a polgári perben sokszor nem fog magának oly fokú bizonyosságot szerezni a bizonyítandó tény valódiságáról, mint a bünvádi eljárásban, az kétségtelen; sőt egyes esetekben kénytelen lesz jobb meggyőződése ellenére valamit valónak venni, a mi soha meg sem történt. Igaz, hogy ujabban a törvényhozások a szabad bizonyítás elveinek kiterjesztése útján arra törekesznek, mikép a biró meggyőződése valaminek valóságáról minél hatályosabban érvényesüljön vagy mint mondani szokás az u. n. *anyagi igazságot* juttassa érvényre; de ez nem mindig sikerül és nem is mulhatlan követelménye a polgári pernek, mint ezt sokan állítani szokták. A polgári perben a közérdek az, hogy a felek érdeke minél hatályosabb védelmet nyerjen, s miután a felek érdeke azt parancsolja, hogy a biró csak azon tények alapján nyerjen meggyőződést a bizonyítandó tény valódiságáról, a melyeket ők felhoznak: a biró más tényeket, a melyekből jobban győződhetnék meg a bizonyitandó tényről, sőt esetleg egészen ellenkező eredményre is jutna, nem vehet figyelembe.

Midőn ezen elvek alapján a biró egy a fél által beismert tényt valónak vesz, az csak onnan van, mert a félnek beismerő nyilatkozatát mindenek fölött álló *bizonyító ténynek* tartozik venni, s nem azért, mintha ekkor a fél *rendelkezése* folytán a bizonyítás ki volna zárva. A hol megtörtént vagy legalább megtörtént gyanánt feltüntetett tényekről van szó, ott lehetetlen a bizonyítást kizárni. Megtörtént tényekre való visszakövetkeztetés jelen tényekből, mindig bizonyítás. Csak arra nézve lehet eltérés, hogy az mikép történjék. Történhetik az úgy, hogy a biró az általa észlelt jelen tényeket mind, vagy azok közül valamelyiket belátása szerint elfogad következtetése alapjául, de úgy is, hogy a biró csak azokat veheti figyelembe, a melyeket a felek megjelöltek, miként ez épen

a polgári perben történik. De bizonyítás az is, midőn a törvény előre meghatározza, hogy egy a jelen tényből a biró saját egyéni meggyőződésére való tekintet nélkül tartozik visszakövetkeztetni egy más tény megtörténtére, még akkor is, ha ez a tény meg sem történt volna. Az ilyen bizonyítást, a hol a törvény parancsa folytán tartozik a biró egy mult tényt egy más jelen tény alapján valónak venni, *alaki* bizonyításnak is szokás nevezni, ellentétben az *anyagival,* midőn a biró a mult tényt saját belátása szerint veszi valónak. Igy van ez az okiratok által való bizonyításnál ott, hol az okiratok bizonyító ereje meg van állapítva, a főeskü által való bizonyításnál és a perbeli beismerésnél. Midőn a törvény a formális bizonyításnál czélszerüségi okokból a visszakövetkeztetés erejét is megállapítja, lehetővé teszi azt is, hogy a biró meg nem történt tényeket is tartozzék valóknak elfogadni, midőn a felek olyan bizonyító tényt hoznak fel, a melyből lekövetkeztetendő tényre a következtetés szükségképeni, habár az meg sem történt. Egy a teljes bizonyító erőhöz megkivántató minden kellékkel biró okirat alapján a biró az okiratban tanusított tényt valónak tartozik venni, habár az soha meg sem történt. Ugyanez áll a főesküre és a perbeli beismerésre. A felek juttathatják tehát a birót abba a helyzetbe, hogy meg nem történt tényeket megtörténteknek tartozik venni s ennyiben ezt lehet tények fölötti rendelkezésnek nevezni. Ez azonban a bizonyításnál csak arra terjedhet, hogy a bíró tartozzék valamit, a mi meg nem történt, megtörténtnek venni, valamit a mi megtörtént figyelembe nem venni, de soha sem arra, hogy valamit, a mi megtörtént meg ne történtnek vegyen.

Ha ilyen rendelkezés daczára okiratok és főeskü által való bizonyításnál bizonyításról beszélünk, miért kellene épen a beismerést annak alapján a bizonyítás köréből kizárni? Ezt annál kevésbé lehet tenni, mert a perbeli beismerésnél az nem is történik mindig, hogy a fél valamit, a mi meg nem történt, a biró elé megtörtént gyanánt állítana. Sőt inkább ez csak kivétel. A fél rendszerint azért ismer be, mert a beismert tény megtörtént. Midőn a törvény egy bizonyító eszköz bizonyító erejét előre megállapítja, ez azért van, mert szabályként kétségtelen, hogy az, a mit a bizonyító eszköz tanusít, valóban megtörtént. A törvény e szabályt következetesen alkalmazva, rendeli, hogy a biró egy tényt kivételesen valónak vegyen, még ha az meg sem történt, mert a szabály következetes alkalmazása által elért biztonság az itélkezésnél

sokkal nagyobb előny mint ama kivételes következetlenség eltürése, hogy a biró azt is, a mi meg nem történt, valónak tartozzék venni. A jelenleg uralkodónak tekinthető felfogás szerint azonban a perbeli beismerés a félnek egyoldalú cselekvénye, a mely a bizonyítást kizárja, a mely által t. i. a fél kizárja azt, hogy a biró a valónak kijelentett tények valódiságát kutassa. Ezt követi a S. E. 58. §-a és a Terv. 270. §-a is.[1] Ellenben a T. egy régibb nézetet követve, a perbeli beismerést egészen helyesen a bizonyítás körébe tartozónak tekinti s azt a közvetlen bizonyítási módok közt — ez az elnevezés ugyan helytelen — első helyen emliti fel. (155. §.).[2]

Az uralkodó felfogás azonban helytelen, mert a perbeli beismerésnek mint a bizonyítást kizáró rendelkezésnek jogi természetét, nem lehet kielégítően meghatározni. Mint ilyen ugyanis a beismerés, csak *jogügylet* lehetne, a melyet a fél vagy az ellenféllel kötne vagy a mely által magát a beismerő egyoldalulag kötelezné az ellenféllel vagy a bírósággal vagy pedig esetleg mind a kettővel szemben. Jogügylet alapján a felek közt jogviszony jön létre, módosul avagy megszünik. Kétségkivül a beismerés is olyan tény, a mely ezeket a hatásokat előidézi, azonban csak a peren kivül, de nem a perben is. Itt csak az utóbbit tartva szem előtt, kétségtelen, hogy a per nem jogügyletek kötésére, hanem már korábban történt tények alapján jogviszonyok kiderítésére rendelt intézmény. Ha tehát az egyik fél a bíróság előtt egy tényt megtörtént gyanánt beismer, hogy beismerése alapján az ellenféllel szemben kötelezve legyen, a bíróság a beismerés folytán nem mint olyan tény alapján fog *itéletet* hozni, a mely által az egyik fél magát a másikkal szemben *előtte* kötelezte vagy jogositványát megszüntette, mert ez a pernek perenkívüli czélokra való felhasználása volna, — a mi megengedve nincs — hanem a beismerést csak mint bizonyító tényt tekintheti egy multban történt tény iránt. Midőn pedig a bíróság ezt teszi, eljárása szintén nem alapszik a félnek a bírósággal szem-

[1] L. Terv. indok. 169. Megegyező német perr. 261. §. osztrák perr. 266. §. Az a körülmény, hogy a S. E. és a Terv. a perbeli beismerést a bizonyítást kizáró nyilatkozatnak mondják, minket még sem gátolhat abban, hogy mi azt jelenlegi jogunk szerint általában bizonyító ténynek tekintsük, mert a törvény annak természetét nem változtathatja meg.

[2] Ez a felfogás ismét az 1781. évi osztrák perrend felfogásával egyezik, a melynél fogva az ellenfél által beismert körülmény teljesen bebizonyítottnak veendő. (107. §.).

ben létesitett jogügyletén, mert a fél beismerése által a bírósággal szemben semmiféle jogviszonyt sem létesít, nem módosít és nem szüntet meg. Ha pedig azt mondjuk, hogy a perbeli beismerés rendelkezés, a nélkül, hogy jogügylet volna, a megoldást semmivel sem viszszük előbbre, mert még mindig nyilt kérdés marad, minő természetű a félnek ez a rendelkezése?[1]

A perbeli beismerés helyes értelme nem lehet egyéb mint az, hogy az a beismerő fél nyilatkozata,[2] a mely ellene bizonyító tényül szolgál egy más tény valódisága iránt. Azt ugyanis a biró következtetési alapul elfogadni s abból a beismert tény valódiságára következtetni tartozik. Természetes, hogy a legtöbb esetben a bíróság következtetésének eredménye nem lesz más, mint az, hogy a beismert tényt valónak fogja venni. De ez azért még sem jelenti azt, mintha itt a birói következtetés ki volna zárva, a mi leginkább kitűnik abból, ha a beismert tény lehetetlen vagy köztudomású tényekkel ellentétben áll: ekkor a biró a tényt a beismerés daczára sem fogja valónak tekinteni. Hogy a bíróság beismert valótlan tényeket is tartozik valóknak venni, — ez a főérv a beismerés rendelkezési természete mellett — nézetünk helyessége ellen nem szól, mert a bizonyítás a polgári perben a tárgyalási elv alapján nem is azt jelenti, hogy a biró megtörtént tényeket minden körülmények közt derítsen ki, hanem csak azt, hogy a felek által megjelölt tényeket a felek által szolgáltatott bizonyító tények alapján derítse ki; s ez a perbeli beismerésnél is előfordul, nemcsak más bizonyításnál. A bíróságnak a pernek fentebb vázolt rendeltetésénél fogva soha sem szabad arra az álláspontra helyezkednie, hogy a fél beismerése mint egy, a jogviszonyt ujonnan teremtő, módosító vagy megszüntető tény alapján hoz itéletet, s ezt szokás legtöbbször félreismerni, hanem egy oly tény alapján, a melyből a legnagyobb bizonyossággal kell egy más tényre következtetni még akkor is, ha a fél kijelentené, hogy a beismert tény nem történt meg, mert ez nemcsak a per rendeltetésével ellenkeznék, de a fél részéről is ellenmondás volna. A bíróság előtt tehát hivatalosan a beismert tény soha sem szerepelhet meg nem történt gyanánt.

II. A perbeli beismerés rendszerint két körülménynek együttesen, valónak nyilvánítása. Ez a körülmény *egy tény és ennek a*

[1] L. még a §. végén lévő jegyzetet.

[2] L. e fogalmat az 5. §-ban.

*ténynek jogi hatása.* A tények, mint tudjuk, a tényalap, kifogás, ellenkifogás vagy bizonyító tény, jogi hatásuk pedig az, hogy a felek közt valamely jogviszony létre jött vagy nem jött létre, módosult vagy megszünt vagy végül az hatásában korlátolva van. A perbeli beismerés szükségképen mind a kettőre irányul. Mind a kettőt azonban külön-külön kifejezni nem kell, a tény beismerésében minden korlátozás nélkül, jogi hatásának beismerése is rejlik. Egy tény ugyan beismerhető a nélkül, hogy jogi hatása is beismertetnék; de ezt külön ki kell fejezni és ekkor a nyilatkozat nem a perbeli beismerés, hanem más nyilatkozat fogalma alá esik. Egy jogi hatás beismerése azonban, egy alapjául szolgáló tény beismerése nélkül nem létezik. Minden jogi hatás egy tényt tételez fel, a mely azt előidézte, e nélkül soha sincs jogi hatás, az lehetetlen s így azt pusztán önmagában véve be sem lehet ismerni. Ennélfogva a *jogbeli beismerés*, mint egy ténytől teljesen elvont jogi hatás beismerése a perben elő sem fordulhat. A mit ezen névvel jelölnek s a mit tények beismerésétől megszoktak különböztetni, az tulajdonképen tények beismerése is. A jogbeli beismerés volna a tények jogi minősítésének pusztán egy jogi műszóval való megjelölése (kölcsön, vétel, letét stb.) által, beismerése úgy, hogy ha a fél ezen minősítést valónak mondja, a biró annak egy bizonyos jogi hatást fog tulajdonítani, a nélkül, hogy vizsgálná, vajjon a minősítés alapjául szolgáló tények valóban megtörténtek-e? Valamint a közönséges életben dolgokat, úgy a jog terén is jogviszonyokat bizonyos nevekkel szokás jelölni. A ki a jogviszony nevét, *műnevét* megmondja, egyuttal *általánosságban* megjelöli azokat a tényeket is, a melyekből a jogviszony keletkezett. A jogviszonynak megjelölése tehát műnévvel nem egyéb mint azt létesítő tényeknek általánosságban s nem részletesen való megjelölése. A tényeknek részletes körülirása nehézkes, azért a közönséges életben többé-kevésbé találó, általános megjelöléseket használnak, a melyek különös jelentőségre az által tesznek szert, hogy azokat a törvények is átveszik. S így az a kérdés merül fel, vajjon szükséges-e a perben a tényeket részletesen megjelölni vagy elegendő-e egy jogi műnévvel való általános megjelölés? Mi egy más helyen kifejtettük (l. a 25. §. t.), hogy az előbbi szükséges s hogy az utóbbi csak kivételesen elegendő néhány esetben, ezek közt a perbeli beismerés esetében. Ha a fél a jogi műszóval általában megjelölt tényeket önmagával szemben valóknak mondja, akkor csak-

ugyan fölösleges munka volna, azok részletes megjelölését is követelni. Ez az oka annak, hogy csak a jogi műszóval megjelölt tények beismerése esetében, azoknak részletes megjelölése elmaradhat. E beismerés azonban nem pusztán egy jogi hatás beismerése, hanem ténybeli beismerés is, nem ugyan részletesen, hanem csak általánosságban megjelölt tény beismerése, s nem olyan, a mely a ténybeli beismeréstől lényegesen különböznék, mint ezt a jogbeli beismerés elnevezésével sokan kifejezni akarják, különösen azért, mintha ekkor a birónak jogbeli következtetése, a jogszabályra való következtetés, nem is foglalna helyt. A biró azonban az általánosságban megjelölt tények beismerése esetében is következtet a jogszabályra csak úgy, mintha azok részletesen jelöltettek meg volna. A kettő közt a különbség csak az, hogy az előbbi esetben a biró gondolatfolyama rövidebb mint az utóbbi esetben. Vannak azonban bizonyító tények, a melyek beismerése még nem rejti magában egy bizonyos jogi hatás beismerését; azok beismerése csak egy más ténynek és jogi hatásának beismerésére nézve szolgáltat bizonyítékot.[1]

Sem a részletesen, sem a jogi műszóval megjelölt tények beismerése, *a pert nem teszi fölöslegessé.* Különösen a jogi műszóval való megjelölt kereseti tényalapnak beismerése esetén szokás mondani azt, hogy a per elő sem fordul, s hogy a biró a mai jogok szerint is csak *alakilag* hoz itéletet. A perbeli beismerés azonban egyik alakjában sem teszi fölöslegessé a pert, mert a per fogalmilag nem tételezi fel azt, hogy akár a részletesen, akár pedig csak a jogi műszóval általában megjelölt tények tagadtassanak. A pernek, mint már többször kiemeltük, csak az a czélja, hogy a biró egy magánjogi viszony iránt a felek cselekvőségét, azok kölcsönös meghallgatása után határozza meg. De, hogy a jogviszonynak vitásnak kellene lennie, azt a mai jogokból semmiképen sem lehet kimutatni. Az az itélet, a melyet a biró a perbeli beismerés alapján hoz, semmiben sem különbözik attól, a melyet tagadás esetében mond ki. Hogy az eljárásban van különbség, azt már fentebb kifejtettük. De az eljárás különbözősége az alapelveknek épségben tartása mellett, a pert nem érinti.[2]

[1] Pl. a fél beismeri, hogy egy bizonyos helyen tartózkodott s ebből következtet a biró egy más tényre és ennek jogi hatására.

[2] Úgy az a felfogás, hogy a jogbeismerés más mint a ténybeismerés, valamint az, hogy a perbeli beismerés általában a pert és az itéletet

**III. A perbeli beismerés mindig *a bíróval* szemben történik, a neki tulajdonított hatályt is innen kell kimagyarázni. Midőn a fél beismer csak nyilatkozási kötelességét teljesíti a bírósággal szemben. E kötelesség, mint kifejtettük, nemcsak a tényalapra, kifogásokra és ellenkifogásokra szorítkozik, hanem a közvetett bizonyító tényekre is kiterjed. A perbeli beismerés *visszavonhatlan*, azaz a bíróság nem engedheti meg, hogy a fél azt a tényt, a melyet valónak mondott, ismét tagadja. Ennek oka, a pernek gyorsabb, könnyebb elbirálása. A tagadás is a kötelességszerűen tehető nyilatkozatok egyike, de azért mégis visszavonható, mert a per elbirálását nem teszi egyszerűbbé, sőt ellenkezőleg bonyolultabbá.**

fölöslegessé teszi, a római perjog szabályainak a mai jogokra való helytelen alkalmazásán alapszik. A római jog szerint, ha az alperes az in iure eljárásban egy certum-ra irányuló keresetet beismert, ellene azonnal volt *végrehajtásnak* helye. Csak ennyiben birt a confessio in iure az itélet hatályával; csak ilyen értelemben veendők a források szavai: Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. L. 6. pr. D. 42. 2. Egyébként azonban a confessio in iure jogerős itélet hatályával nem birt; nem volt tehát kizárva, hogy a beismerő alperes ugyanazt, a mit beismert, peressé tegye, annál inkább, mert a confessio in iure alapján a praetor nem is hozott egy itélethez hasonló határozatot, a felperes *közvetlenül a beismerés tényе* alapján vezetett végrehajtást az alperes ellen. Kétségtelen tehát, hogy a *confessio in iure-nak a pert és az itéletet kizáró hatása volt*, annyiban, hogy a felperes per és itélet nélkül is végrehajtáshoz jutott. A confessio in iudicio-nak azonban már ez a hatása nem volt, a biró ama beismerés daczára is *itéletet* hozott. L. a részleteket Demelius: Die confessio im römischen Civilprocess. 110., 207. s k. ll. 357. s k. ll. De a c. in iure és in iudicio közt oly különbség, hogy az egyik *tartalmilag* is más lett volna mint a másik, azaz, hogy az előbbi csak jogra, az utóbbi pedig csak tényekre irányult volna, nem volt, legalább a forrásokból ez nem mutatható ki. S így egyrészt helytelen a római jogra való hivatkozással jog és ténybeismerés közt a mai jogokban különbséget tenni, mert ezt a rómaiak sem tették; másrészt pedig helytelen, a mai perbeli beismerést a római c. in. iure-val azonosítani, mert ez utóbbi ugyan kétségkívül a pert és az itéletet kizárta, de az előbbi soha. Demelius is utal erre, kiemelvén, hogy a modern perbeli beismerés az itéletet soha nem zárja ki; az tehát csak közvetve, a biró itélete alapján hat. 229. s k. ll. Az uralkodó felfogást követve, a S. E. is különbséget tesz *tény* és *jogbeismerés* közt V. ö. 58., 104. §§., a tény beismerést különösen *beismerésnek*, a jogbeismerést *elismerésnek* nevezvén. Hasonlóképen Terv. 270., 399., §§. és ind. 220. l. Az ujabb birói gyakorlat is tesz már ezen két irányban különbséget. C. I. 1088/96. I. 189/96. Döntv. t. III. f. VI. 327. és 329. ll.

De a beismerésnél ez épen fordítva áll. Ha a fél a birót beismerő nyilatkozatával abba a helyzetbe juttatta, hogy a pert egy igen könnyű módon birálhatja el, ezt az előnyt közérdekből nem szabad feláldozni és így nem szabad megengedni azt, hogy a fél perbeli beismerését visszavonja. Az az elv, hogy a perbeli beismerés visszavonhatlan, majd egész mereven vitetik keresztül, olykép, hogy a beismerés az itélet hozatala előtt nem vonható vissza többé, hanem ez csak egy külön perorvoslat, különösen perujítás útján történhetik. Majd pedig a visszavonhatlanság elve egy enyhébb alakban van elfogadva, úgy, hogy még az itélet hozatala előtt is helyt foglalhat a visszavonás. Az előbbit teszi a T. 164. §-a, mely szerint a beismerést se visszavonni se módosítani nem lehet, de a visszavonás perujítás utján megvan engedve; az utóbbit követik a S. E. 60. §-a és a terv. 272. §-a, melyek szerint a bíróság a körülmények szorgos méltatása alapján itéli meg, hogy a perben tett beismerés visszavonás által mennyiben veszíti el erejét. Mi az utóbbit helyesebbnek tartjuk, mert az előbbi tétel alkalmazása túlságos szigort rejt magában a beismerő fél ellen.[1]

[1] Midőn a S. E. és a Terv. idézett §-ai kimondják, hogy esetről esetre a biró határozza meg, mennyiben veszíti el a perbeli beismerés a visszavonás által erejét: nem adják fel a visszavonhatatlanság elvét. Ez csak akkor állana, ha a visszavonás a bíróság beleegyezésétől teljesen független volna. A S. E. és a Terv. a bíróságnak csak tágabb kört akartak kijelölni, a melyben a visszavonást megengedheti, a mi a beismerőre való különös méltányossági okokból történt és nem kötötték a visszavonást oly szigorú feltételekhez mint a német perrend 263. §-a, a mely szerint a beismerő csak akkor vonhatja vissza beismerését, ha tévedését igazolja és a beismert tény valótlanságát bebizonyítja. A S. E. és a Terv. rendelkezéseivel megegyez az osztrák perr. 266. §. *A római jog* szerint a certumra irányuló c. in iure a felet annyiban kötelezte, hogy annak visszavonása a végrehajtást nem gátolta. A confessio in iudiciora nézve nincsenek biztos adatok, de az írók általában visszavonhatónak tekintik. L. Demelius: i. m. 140., 160., 193., 360. ll. Az *egyházjogban*, a római confessio in iure-t tartva szem előtt, a perbeli beismerést szabályként *visszavonhatlannak* tekintik c. 3. X. de confessis (II. 18.). s ezt a törvények mai napig követik. *A közönséges német jog* szerint a beismerés visszavonhatlan volt, mi ellen csak előbbi jogállapotba való visszahelyezésnek volt helye. Wetzel. 171. l. Ugyanez Frank: i. m. II. 155. l. szerint a *régi magyar jog* álláspontja is. A beismerés visszavonhatlansága, mint kifejtettük, most is a szabály; s ha a biró annak visszavonását belátása szerint, mint a S. E. és a Terv. értelmében vagy pedig csak tévedés igazolása és ellenbizonyítás alapján, mint a német perrend szerint,

A perbeli beismerés mindig csak a bírósággal szemben történik és soha *sem az ellenféllel* szemben is vagy épen csak vele szemben, mint ezt szintén sokan állítani szokták. Más szavakkal ez annyit jelent, hogy a perbeli beismerés a félnek a bírósággal szemben fennálló jogviszonyon alapuló jogcselekvénye és nem olyan, a mely a beismerő félnek a másik félhez való jogviszonyán alapulna, mert a felek a perben semmiféle jogviszonyban nincsenek. Innen van, hogy a beismerés jogi hatálya nem függ az ellenfél által történt *elfogadástól.*[1] Nem érinti a tétel helyességét az, hogy a perbeli beismerés az *ellenfél beleegyezésével* mindig visszavonható. (S. E. 60. §. Terv. 272. §.).[2] Sokszor megtörténik a polgári perben, hogy a törvény a tárgyalási elvnél fogva az egyik fél cselekvényének jogi hatályát, a másik fél megegyező akaratkifejezésétől teszi függővé. Miután a polgári perben a bíróság mindenben a felek akaratához alkalmazkodik, nincs semmi ok, hogy a bíróság az egyik fél valamely perbeli cselekvényét figyelembe vegye, ha a másik fél is azt a perbeli cselekvényt akarja. De, midőn így a bíróság a perben valamit a felek megegyező akarata alapján figyelembe vesz, a felek nem kötnek szerződést. A bíróság nem azért

megengedi: a visszavonás szintén nem egyéb, mint előbbi jogállapotba való visszahelyezés. Akkor is ezzel a jelleggel bir a visszavonás, ha, miként a T. szerint, csak perújítás útján foglalhat helyt. Az a tétel, hogy a perbeli beismerés nem vonható vissza, nem rontja le a mi állításunk helyességét, melynél fogva az bizonyító tény. A törvény ugyanis azért állapítja meg a visszavonhatlanságot, mert a beismerést, mint a legdöntőbb bizonyítékot nem engedi a per számára elveszni. Nem is volna helyes a visszavonást a fél tetszése szerint megengedni, mint ezt Demelius: i. m. 385. s k. ll. kívánja, bár másfelől szükségesnek tartja, hogy a beismerés a visszavonás után is mint bizonyító tény (Wahrheitsargument) figyelembe jöjjön (391. s k. ll.). Ez azonban ellenmondás. És midőn mindezek daczára a Curia jogbeismerés és ténybeismerés közt téve különbséget, az előbbit visszavonhatlannak az *utóbbit visszavonhatónak* mondja, I. G. 1088/96. Dtr. III. f. 327. l. — ezt nem lehet egyébnek mondani, mint tévedésnek, a melyre a S. E. 60. §-a sem nyújt semmiféle támpontot.

[1] A német perr. 261. §-a és az osztrák perr. 266. §-a ezt világosan ki is mondja. A mi jogunkban, a Terv-ben sem, ez világosan kimondva nincs, de azért itt is áll.

[2] A német és az osztrák perrend ezt nem mondják ki. És nem is mulhatlanul szükséges, bár czélszerű, hogy a beleegyezésnek ez a jogi hatály tulajdoníttassék.

teszi azt, a mit mind a két fél akar, mintha szerződés jellegével biró akaratmegegyezésüket venné figyelembe. A felek akaratmegegyezése külsőleg jelentkezhetik egy szerződés alakjában. De a perben az még sem bir azzal a hatálylyal. E szerződés csak magánjogi szerződés lehetne; mert közjogi szerződés egyesek közt soha sem köthető. A perben azonban mint tisztán a felek és az állam közti közjogi jogviszonyban ilyen szerződésnek helye nem lehet. Hogy egyébiránt a biró a visszavonásba való beleegyezésnek jogi hatályt nem a beleegyezés szerződési jellegénél fogva tulajdonít, abból tünik ki legjobban, hogy a visszavonásba való beleegyezés a másik fél tudta és akarata nélkül is történhetik joghatályosan, a midőn tehát a felek közti szerződésről szó sem lehet.

A beismerés azonban tehető az ellenféllel szemben is a peren kívül általában s a perben a per megszüntetése czéljából. Ha a fél ez utóbbit teszi, annak jogi hatályához szükséges, hogy azt az ellenfél elfogadja. Ekkor csakugyan létre jön egy szerződés a felek közt, a mely a pert megszünteti s így az itéletet is fölöslegessé teszi. Az ilyen beismerési szerződés a *perbeli egyezség* egyik alakját képezi. Jellegét tekintve közönséges magánjogi szerződés, de e mellett azzal a sajátszerűséggel bir, hogy miután a bíróság előtt köttetik, hatósági közreműködés mellett létre jött jogügyletek jellegével bir, vagyis végrehajtható. Ezen ügylet alapjául szolgáló beismerés, habár a per folyamán tétetik, nem perbeli beismerés, mert ennek a hatályával nem bir. Amaz a pert megszüntetvén, az itéletet kizárja, emez a pert nem szünteti meg s így a birónak itéletet kell hoznia. Beismerési szerződés a felek közt a peren kívül is létre jöhet. Ez azonban már mindenben, tehát a joghatály tekintetében is közönséges magánjogi szerződés.[1] De történhetik a beismerés peren kívül *egyoldalúlag* is, szerződéskötési szándék nélkül akár az ellenfél akár mások előtt. Ekkor a perenkívüli beismerés *közvetett bizonyító tény* a perben a bizonyítandó tétel tekintetében.

IV. Hogy valamely nyilatkozat perbeli beismerés, azt abból

[1] Ma már Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, alapvető munkája óta általában el van ismerve, hogy a puszta lekötelezési akaratkijelentés is oly tény, a melyből lekötelezés származik és nem szükséges, hogy valaki magát egy bizonyos gazdasági okra (adásvétel, bérlet stb.) való tekintettel kötelezze.

lehet megállapítani, hogy a fél a tényt jogi hatásával együtt valónak nyilvánítja. A fél nyilatkozata azonban nem mindig határozott, sőt sokszor a fél nem is nyilatkozik. Az ujabb törvények arra az esetre, ha a fél nyilatkozata határozatlan, a tényre nem emlékszik vagy arról tudomása nincs, à biró belátására bizzák, hogy azt a körülményekhez képest beismerésnek vagy tagadásnak vegye (S. E. 61. §. Terv. 273. §.). Ha pedig nem nyilatkozik, holott tennie kellene, a tény valónak vétetik, mintha azt a fél beismerte volna. E következmény majd már magában véve, a nem nyilatkozás tényéhez füződik (T. 159. §. Terv. 273. §.), majd pedig ahoz, hogy a fél a bíróság által a nyilatkozásra felhivatván, nem nyilatkozott. (S. E. 61. §.) A perbeli beismerés lényegén, hogy a tény jogi hatásával együtt valónak mondatik, nem változtat, ha a fél a beismeréssel kapcsolatban még más nyilatkozatokat tesz, a melyek azt nem módosítják. Sokszor azonban ezt nehéz megállapítani. Igy akkor, midőn a fél indokoltan csak a tény jogi hatását tagadja, magának a ténynek valódiságát nem vonván kétségbe. Kifogás. Sokan ilyenkor *korlátolt beismerésről* beszélnek. Ez az elnevezés abból a szempontból, hogy a tény nincs kétségbe vonva, helyes; de miután benne a valónak mondott tény jogi hatásának tagadása rejlik, a perbeli beismeréssel nem azonos. Nehéz sokszor a megkülönböztetés akkor is, midőn a fél a tényt jogi hatásával együtt tagadja s ennek indokolására egy más tényt hoz fel. Minősített tagadás. Ez még kevésbé tekinthető beismerésnek, mint a kifogás. Látszólag azonban mégis beismerésnek tűnik fel, mert habár a fél tagadja azt, hogy az a tény, a melyet a másik fél állít, megtörtént volna, de azáltal, hogy egy másik tényt hoz fel, mégis valónak mondja azt, hogy a felek jogi helyzetét befolyásoló valamely tény megtörtént. A kifogást és minősített tagadást a maguk egészében kell a perben elbirálni és nem szabad az azokban rejlő vagy csak látszólag foglalt beismerő elem alapján, perbeli beismerésnek tekinteni. E nyilatkozatok tehát *oszthatatlanok*. A régibb perrendek (T. 163. §.) és a franczia perjog a perbeli beismerést tekintik oszthatatlannak,[1] a mi azonban nyilvánvalóan téves, mert ott, hol egy tény jogi hatásával együtt mondatik valónak, nincs mit megosztani úgy, hogy a nyilatkozat csak egyik része volna a

[1] L' aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui, qui l' a fait. Code civ. 1356. cz.

másik fél részére kedvezően felhasználható, mert annak minden része az ő előnyére szolgál.

V. Még arra kell itt utalnunk, bár nem tartozik a kérdéshez, hogy a perbeli beismerés ellentétét képezi, a perben kifejezett *lemondás*. Ez egy nyilatkozata a félnek, a melyben kijelenti, hogy valamely kérelmének vagy nyilatkozatának indokolására felhozott tények *valótlanok*. S a mennyiben e tények valódiságuk esetében jogosítványt állapítanának meg: a lemondás annak a kijelentése, hogy a félnek jogosítványa nincs, *joglemondás*. A lemondás hatása az, hogy a biró az illető tényt nem fogja figyelembe venni s a per arra való tekintet nélkül fog lefolyni. A hatás tehát egészen az ellenkező mint a perbeli beismerésé s így nem is szolgál bizonyító tény gyanánt, sőt ellenkezőleg a bizonyítást az illető tényre nézve fölöslegessé teszi. Mert természetes, hogy ha a fél kijelenti, hogy nincs semmi, a mit kérelmének vagy indokolandó tagadásának (kifogás) támogatására felhozhatna: akkor az ellenfélnek nincs mit tagadnia vagy beismernie és így nincs is mit bizonyítani. A *joglemondás*[1] a per folyamán az ellenféllel szemben is történhetik, a melyet, ha ez elfogad, a felek közt szerződés jön létre, a mely a pert megszünteti. Ez is ép úgy, mint a per folyamán az ellenféllel szemben tett beismerés, a perbeli egyezségnek egyik alakját képezi. A joglemondás előfordulhat a peren kívül is. Jelentősége azonban csak akkor van, midőn az ellenféllel kötött beismerési szerződés fogalma alá esik. Más alakban történt lemondás peren kívül egészen jelentéktelen nyilatkozat s így egy jövendő perben közvetett bizonyító tényként sem szerepelhet, miként a perenkívüli egyoldalú beismerés. A törvény nem gátolja a felet abban, hogy azt a tényt, melyet a peren kívül valótlannak mondott a perben ismét valónak mondja.[2]

[1] A T. a lemondásról nem szól, de kétségtelen, hogy annak értelmében is előfordulhat. A S. E. 104. §-a és a Terv. 399. §-a csak a *joglemondásról* rendelkeznek, kimondván azt, hogy ilyenkor a biró az ellenfél kérelmére *rész ítéletet* tartozik hozni.

[2] A perbeli beismerést az írók többsége egészen másképen fogja fel, mint a hogy azt itt mi kifejtettük. Már a középkorban, de főleg ujabban Savigny: System VII. 6. s k. ll. különösen 39. s köv. ll. óta fejlődött ki az a tan, hogy az *alperes* részéről a *jogviszonyra* irányuló beismerés jogerős itélet hatályával bír, ennélfogva az itéletet pótolja; sőt ilyenkor per nincs is, a biró határozata, melyben a beismerést

## 37. §. A bizonyítási teher. A bizonyítási teher szabályai.

I. A biró a bizonyítandó tények valódiságáról csak bizonyító eszközök utján győződhetik meg, a melyeken azt a bizonyító tényt szemléli, a melyből a bizonyítandó tényre visszakövetkeztetni lehet. Kérdés azonban, hogy a biró honnan tudja meg azt, hogy valamely személy vagy dolog a bizonyítandó tényre nézve bizonyító eszköz és hogyan jut a biró abba a helyzetbe, hogy azt a bizonyító eszközt meg is szemlélhesse? Ez az utóbbi kérdés, mint látni fogjuk, csak alárendelt; fontos csak az előbbi, hogy a biró honnan szerez tudomást arról, hogy valami bizonyító eszköz? A válasz természetesen csak az lehet, hogy a bizonyító eszközt a felek ismertetik meg a bíróval, azaz, hogy ők jelölik meg azt, melyik személy vagy dolog szolgálhat bizonyító eszközül; avagy pe-

megállapítja épen el is marad, vagy csak alakilag itélet vagy pedig a bíróság nem egy itéletban hanem más határozatban állapítja meg a beismerést, miként a régi porosz perrendben Heffter: i. m. 195, Unger: i. m. II. 520. s k. ll. A perbeli beismerést általában a fél oly *rendelkezésének* tekintik, a mely a beismert tényekre nézve a bizonyítást kizárja s így megjelöli azokat a határokat, a melyek közt a bíró bizonyítás útján szerezhet magának meggyőződést bizonyos tényekről, míg ezt a beismert tényekre nézve tennie nem szabad. Az írók a beismerő fél ezt a rendelkezését különbözőképen minősitik. Legtöbben benne *lemondást* látnak arról, hogy az ellenfél bizonyítson vagy *lemondásnak* tekintik a védelemről. Igy különösen Wetzel: i. m. 171. l. Planck: i. m. I. 160. s k. ll. Garsonnet: i. m. II. 298. l. Ez a lemondás az *ellenféllel szemben* történik s azért nem tekintik egyébnek, mint az ellenféllel kötött *szerződésnek*, mint ezt egyes írók kifejezetten állitják is. Igy Frank: i. m. II. 154. l. a perbeli beismerést a felek *egyezségének* mondja, Canstein pedig, Zeitschr. für deutschen Civilproc. I. 272. l. a felek közt létrejött bizonyítási szerződésnek nevezi, mely szerint a beismerő, ellenfelét a bizonyítás kötelezettsége alól felmenti. Mások helytelennek tartván azt, hogy a perbeli beismerés a felek szerződésének tekintessék, azt a fél *egyoldalú jogügyletének* mondják úgy az *ellenféllel*, *mint a bírósággal* szemben. Wach: Archiv für civ. Praxis 64. k. 24. ll. És végül mások *csak a bírósággal* szemben tett rendelkezésnek mondják, Demelius: i. m. 240., 368. ll. E nézetek helytelenségére már fentebb utaltunk, itt csak azt jegyezzük még meg, hogy azok egyikét másikát a mi íróink is követik. Zlinszky: A bizonyítás elmélete 193. l. a fél rendelkezési szabadságán alapuló cselekvénynek, Plósz pedig általában a fél *jogcselekvényének* mondja Jogt. Köz. 1894. évf. 352. s. k. ll. E §. megírása után jutott kezünkhöz

dig a biró a bizonyító eszközök után saját kezdeményezéséből kutat s azokat ez alapon ismeri meg. Ha a megjelölés a felekre van bizva, akkor megint az a kérdés merül fel, hogy melyik fél jelöli meg az egyes bizonyító eszközöket és vajjon ezt a törvény már egy általános tételben határozza meg vagy pedig esetről-esetre a biró belátása szerint állapitja meg?

A polgári perben a legrégibb idők óta az a szabály áll fenn, hogy azt, mi szolgáljon a perben bizonyító eszközül, ne a biró határozza meg hivatalból, hanem a felek. Ha a biró a tárgyalási elvnél fogva csak azokat a tényeket veheti figyelembe, melyeket a felek kérelmeik és nyilatkozataik indokolására felhoztak: akkor egészen következetes, hogy a biró ama tények valódiságáról csak azon bizonyító eszközökön győződjék meg, a melyeket a felek megjelöltek. Abból, hogy a biró csak a felek által megjelölt bizonyító eszközöket veheti figyelembe, foly, hogy a biró önmaga sem lehet bizonyító eszköz a perben, azaz nem lehet tanu, s hogy ennélfogva a per folyamán kívül szerzett tudomását az elbirálásnál latba nem veheti,[1] kivéve a köztudomású és hivatalosan tudomására jutott bizonyító tényeket, a melyekről alább lesz szó.

Áttérve ezek után arra, hogy a bizonyító eszközök megjelölése a felek által mikép történik, a bizonyító eszközök két osztálya közt kell különbséget tenni. Az egyik az, hogy a fél, a ki ellen a másik fél egy tényt felhoz, *önmagát* állitja a perbe bizonyító eszközként olykép, hogy azt a tényt beismeri. A másikba tartoznak

Gaár: Beismerés és elismerés cz. értekezés, a mely szintén az uralkodó felfogást követi. Ezzel az elmélettel szemben, a mely már a glossatorok idejére vezethető vissza csak ritkán jutott kifejezésre az a nézet, a mely szerint a perbeli beismerés bizonyító tény. Különösen a mult század végén voltak követői, mint Weber: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, Nippel: Erläuterungen zur allg. Gerichts-Ordnung és mások, a jelen század elején Bethman-Hollweg: Versuche, 250. s k. ll. és egyenesen ennek tulajdonitható, hogy az 1781. évi oszt-perrend a perbeli beismerést bizonyító ténynek mondja, s ezt a mi T.-unk is követi. Az ujabb irók közül egyedül Pollak: Gerichtliches-Geständniss im Civilprocesse 104. s k. ll. foglal mellette állást. Sokan azonban amaz irók közül is, a kik a perbeli beismerés rendelkezési természetét hangoztatják, azt bizonyos vonatkozásban bizonyító ténynek is mondják. L. Canstein: i. h. 273. l. Demelius: i. m. 395. l. Planck: i. m. I. 318., 346. s k. ll.

[1] Ezt már Verbőczy is egész részletesen kifejti. H. k. Prologus 15. cz.

azok, a melyek akkor nyernek alkalmazást, midőn a fél azt a szerepet, hogy bizonyító eszköz legyen, magától elhárította. Tudjuk, hogy a félnek az ellene irányuló kérelmek és nyilatkozatok (kifogás stb.) indokaira nyilatkozni tartozik. E nyilatkozat vagy beismerés vagy tagadás vagy pedig kifogás. Ha a fél beismer, a tényt jogi hatásával együtt valónak mondván, önönmagát jelöli meg bizonyító eszköznek, még pedig legteljesebb erejű bizonyító eszköznek, mely minden más bizonyító eszköz alkalmazását fölöslegessé teszi. Ha tagad vagy kifogással él, akkor ezt a szerepet magától elhárítja. A perbeli nyilatkozási kötelesség lényege épen abban rejlik, hogy mindegyik fél tartozik kijelenteni azt, vajjon az ellene felhozott tény valódisága tekintetében önmaga akar bizonyító eszköz lenni vagy pedig ezt magától elhárítja? Midőn a fél az ellene felhozott tényt beismervén s önmagát tevén bizonyító eszközzé, természetes, hogy más bizonyító eszközök megjelölésének és alkalmazásának szüksége elesik, mert a perbeli beismerés minden más bizonyító eszközt kizár. Innen az a látszat, hogy perbeli beismerés esetében nincs bizonyítás s innen a látszaton alapuló téves szabály, hogy a perbeli beismerés a bizonyítást *egészen* kizárja. Pedig csak annyi igaz, hogy perbeli beismerés esetén nincs helye *más* bizonyító eszközök megjelölésének és alkalmazásának, de nem áll az, hogy a perbeli beismerés nem is bizonyítás. Midőn az alábbiakban arról fogunk szólani, hogy melyik fél jelöli meg a bizonyító eszközöket, mindig azt tételezzük fel, hogy a bizonyítandó tény beismerve nem lett.

II. Kétségtelen, hogy beismerés hiányában a bizonyító eszközt mindig csak az egyik félnek kell megjelölnie. Ez az illető félre nézve bizonyos hátrány, mert pernyertessége attól függ, hogy sikerül-e megfelelő bizonyító eszközt találni. Épen azért a bizonyító eszköz megjelölését *bizonyítási tehernek* szokás nevezni. Ennek jogi természetét majd alább fejtjük ki.

Arra nézve, hogy melyik felet terhelje a bizonyitás, csak két lehetőség képzelhető. Az egyik, hogy egy jogszabály általában határozza meg azt, hogy melyik félnek, mit kell bizonyítania, a másik, hogy a bizonyítási terhet esetről-esetre a biró határozza meg. Ugy a régebbi mint az ujabbi perjogokban az előbbit találjuk megvalósítva, a mi bizonyára a helyesebb. Csak az a kérdés, hogy a törvény minő oknál fogva hárítsa a bizonyítás terhét az egyik vagy pedig a másik félre, Az uralkodó s valamennyi közt

leghelyesebb felfogás szerint *a kereset tényalapját a felperesnek, a kifogást az alperesnek, az ellenkifogást a felperesnek, illetve az alperesnek a szerint, hogy melyik hozza fel, kell bizonyítania. A közvetett bizonyító tényt és egy bizonyító eszköz alkamasságát a bizonyításra, hacsak a biró ezt hivatalból figyelembe nem veszi, annak a félnek kell bizonyitania, a ki arra hivatkozik.*

Hogy a tényalap a felperes által bizonyítandó, annak az az oka, hogy abban a felperes mindig vagy azt állítja, hogy neki egy jogviszony alapján jogosítványa van az alperes, illetve egy harmadik ellen vagy pedig hogy az alperesnek nincs jogosítványa a felperes illetve egy harmadik ellen. Azonban az, hogy a felperesnek jogosítványa van valaki ellen, soha nem értetődik magától, mert mindenkinek jogosítványa csak a törvényben megjelölt tények alapján lehet. Ezeket tehát a felperesnek felhoznia és bizonyítania kell. De az sem magától értetődő, hogy az alperesnek nincs jogosítványa a felperes, illetve egy harmadik ellen. Ha az alperes állítaná ezt önmagáról, nyilatkozatának a biró teljes hitelt nyujtana, de ha a felperes állítja ezt, akkor neki ezt bizonyítania is kell. A megállapítás iránti kereseteknél a felperes érdekét veszélyeztető tény is a tényalaphoz tartozván, a felperesnek ezt is kell bizonyítania. Nem kell azonban a felperesnek bizonyítania azt, hogy egy tény, a melyből a maga számára jogosítványt leszármaztat, bir az előfeltételt képező tényekkel is és hogy nincsenek más tények, melyek a jogi hatás keletkezését kizárnák, fennállását megszüntetnék vagy korlátolnák. Mert egy tényről, melyből egy bizonyos jogosítvány a felperes részére keletkezhetik, feltételeztetik, hogy az előfeltételét képező tényei meg voltak, azokat a felperesnek sem állítania sem bizonyítania nem kell, és feltételeztetik, hogy nincsenek más tények, melyek a jogi hatás keletkezését, fenmaradását vagy érvényesítését kizárnák, ennélfogva az ilyen tények hiányát sem kell a felperesnek állítania és bizonyítania. A nemleges megállapítás iránti keresetekre ez nem alkalmazható. Mert itt, ha a felperes azt az állítását, hogy az alperesnek jogosítványa nincs, arra alapítja, hogy a ténynek, melyből az alperes jogosítványa származhatott volna, az előfeltételt képező tényei nincsenek meg vagy, hogy jogi hatásának keletkezé sét bizonyos tények kizárják avagy azt utólag megszüntették: ezeket a felperesnek kell bizonyítania. Ha pedig állítása az, hogy olyan tény létre sem jött, az ezen tény létrejöttét kizáró tényeket kell bizonyítania.

Kitünik ezen fejtegetésből, hogy a bizonyítás mindig multban *megtörtént tényeknek*, állapotváltozásoknak bizonyítása. Csakhogy ez két különböző czélból történik. A tény vagy önmagáért bizonyíttatik, mert az illető tény: a tényalap, kifogás, ellenkifogás, bizonyító tény vagy a bizonyító eszköz alkalmasságát bebizonyító tény. E tényeket bizonyítani kell, hogy az azokhoz fűződő jogi hatás beálljon. De bizonyítható egy tény azért is, hogy egy más tény meg nem története kiderüljön. Sokszor egy jogi hatás egy tény meg nem történtéhez fűződik, mint ez a nemleges megállapítás iránti keresetnél és a kifogásnál előfordul, midőn az utóbbi arra irányul, hogy a tényalap előfeltételét képező tény hiányzik; történik ez hasonló esetben az ellenkifogásnál is, hogy t. i. a kifogás előfelvételét képező tény nincs meg. Ezen tények hiánya felől bizonyosságot kell nyujtani. Minthogy azonban azt, hogy egy bizonyos tény meg nem történt, soha sem lehet önmagában kideríteni, hanem csak más oly tények bebizonyítása által, a melyek megtörténte, amannak megtörténtét kizárja: ennélfogva azokat, ez utóbbi meg nem történtének bebizonyítása czéljából bizonyítani kell. Csak igy lehet megérteni azt, hogy habár a negativ megállapítási kereset tényalapjának (l. 27. §-t) egyik része annak az állítása, hogy egy tény nem történt meg és hogy habár a kifogás, illetve ellenkifogás, midőn arra irányulnak, hogy a jogi hatás az előfeltételt képező tény hiánya miatt nem jött létre, egy tény tagadásából állanak: mégis a bizonyítás ezen esetekben is, bizonyos tények megtörténtének bizonyítása által történik.

Hogy az alperesnek a kifogásokat kell bizonyítani, annak oka az, hogy a tényalapot beismeri, de a jogi hatását tagadja. A gondolkodás legelemibb szabályai vezetnek arra, hogy az, a ki egy tényt, a mely bizonyos jogi következményeket szokott előidézni, beismer, de a következményeit mégis tagadja, akár úgy hogy azok nem is jöttek létre, akár pedig úgy, hogy megszüntek: azon akádályokat, a melyek ama következményeket kizárják, bizonyítsa is. Ugyanez oknál fogva kell a felperesnek, illetve az alperesnek az általa felhozott ellenkifogásokat bizonyítania. A közvetett bizonyító tények és bizonyító eszközök alkalmasságának bizonyítása azért terheli az illető felet, a ki reájuk hivatkozik, mert velük ő akar bizonyítani.

Ezen a bizonyítási teher megoszlására vonatkozó szabályokat a mi perjogunk is követi, s azokat a következő általános tételbe foglalja: «*Minden ténybeli állítás bebizonyitandó, melyre az egyik*

*vagy másik fél jogát vagy kifogását alapítja; különben az, ha tagadná az ellenfél, a per eldöntésénél valónak nem tartathatik.»* (T. 152. §.; S. E. 64. §. V. ö. még S. E. 13. §.) Ugyanezt, csak más szavakkal fejezi ki a Terv. 276. §-a: A bizonyítás azt a felet terheli, kinek érdekében áll, hogy a bíróság az állított tényt valónak tekintse. Ehhez képest azokat a tényeket, a melyek valamely jognak megállapítására szolgálnak, annak a félnek kell bizonyítani, a ki a jogot érvényesíteni akarja, ellenben azokat a tényeket, melyek az érvényesített jog létrejöttét kizárják vagy a jogot megszüntetik, annak a félnek kell bizonyítania, a ki a jog érvényesítését ellenzi.[1]

[1] A német perrendnek a bizonyítási teher megoszlására nézve nincs általános szabálya. Mellőzték abból az okból, hogy az magánjogi kérdés, s hogy egy olyan formális elv, minőt a würtembergi perrend tartalmazott és mely lényegre megegyezik a szövegben idézett szabályokkal, általában el van ismerve, s így felvétele felesleges. Hahn: Materialien II. 1. 270. l. Ezen okok nem meggyőzők. Különösen a bizonyítási teher kérdése nem magánjogi, hanem perjogi, tehát a perjogban szabályozandó. A német perrendet követi az osztrák perrend is. A mi perjogunk szabálya, már a római jogban is feltalálható, a mint ezt Langenbeck: i. m. 303. s k. ll. igen tüzetesen kifejti, s érvényben volt az 1848. előbbi jogunkban is. Frank: i. m. II. 160. l. különösen 162. l. — Hogy mikép osztandó meg a bizonyitási teher, arra nincs különösen a régibb elméletben a nézetek eltértek. Az egyik főnézet, támaszkodva a római jog ezen tételére: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, az volt, hogy az bizonyít, *a ki állít, nem az, a ki tagad.* A másik, hogy a peresfelek közül annak kell bizonyítania, a *kinek állítása mellett nem harczol olyan nagy valószínűség, mint a másik fél állítása mellett.* Csak ez utóbbira nézve jegyezzük meg, hogy a félnek nem azért kell bizonyítania, mert állítása kevésbé valószínű mint a másik félé, hanem azért, mert a bíró egy oly állítást, mely bebizonyítva nincs, tekintet nélkül arra, hogy mennyire valószínű az ellenfél állitása, valónak nem tarthat. Egyebekben pedig utalunk Langenbeck: i. m. 249. s. k. ll. Zlinszky: i. m. 85. s k. ll. érvelésére. V. ö. a Terv. indokolását is. 171. s k. l. és Fodor-Márkus: i. m. I. 324. l. Van végül olyan nézet is, hogy miután azt, mikép a perben melyik fél mit bizonyítson egy általános szabályban megállapítani kielégítően nem lehet: a biró esetről esetre határozza meg azt, hogy melyik félnek mit kelljen bizonyítania. Bar: Recht und Beweis im Civilprocess 114. l.; Zlinszky: i. m. 129. l. Ezt, különösen a szabad bizonyítási rendszer követelménye gyanánt szokás állítani, de, a mi természetesen téves. Szorosan véve a két első elmélet csak egy és ugyanazon gondalat kifejezése. S az különösen az első szövege zésben nem is mondható általában helytelennek. A mindennapi tapasztalat mutatja, hogy az életben fejlődött ki a szabály: a ki mit állít, azt

## 38. §. Kivételek a bizonyítási teher szabályai alól.

I. A bizonyítási tehernek az előző §-ban kifejtett szabályai csak a tényalap, a kifogások, ellenkifogások és a közvetett bizonyító tények bizonyítására vonatkoznak. A perben előforduló más természetű tények e szabályok alá nem esnek; sőt a körülményekhez képest a biró e tényeket bizonyítás nélkül is valóknak fogja venni. De előfordul az is, hogy a biró kivételesen a fentebbi perbeli tényeket is bizonyítás nélkül valóknak fogja venni. Végül a közokiratot bizonyításra alkalmasnak tekinti, mig az ellenfél annak valótlanságát be nem bizonyítja és hogy a tényalap, kifogás, ellenkifogás, vagy közvetett bizonyító tény valótlanságát más bizonyító eszköz hiányában vagy annak kiegészítésére, a bizonyító fél ellenfelének kell bebizonyítania. Mi mindezeket az eseteket, habár természetük egymástól lényegesen különbözik, kivételeknek nevezzük a bizonyítási teher ama szabályai alól, a melyeket az előző §-ban kifejtettünk. E kivételeket az alábbiakban tüzetesen fogjuk megismertetni.

II. Nem bizonyítandók a perben *a köztudomású és a hivatalosan ismert tények.* Vannak bizonyos tények, a melyeket bizonyos viszonyok közt és bizonyos körben mindenki tud, tehát a biró is. Ezen tényekre nézve a bizonyítás teljesen fölösleges munka volna, mert a bizonyítás azokra nézve úgy sem vezetne más eredményre, mint a melyet a biró amugy is tud. Ugyanez áll azokra a tényekre nézve is, melyekről a birónak korábbi eljárásából valamely ügyben, hivatalos tudomása van. Ezen az alapon mondja a törvény (T. 154. §., S. E. 62. §., Terv. 274.), hogy köztudomású és hivatalosan ismert tények nem bizonyítandók.[1]

bizonyítsa is. Perjogi haszna azért csekély, mert nincs kellően részletezve. Ujabban mellette Fitting: a Zeitsch. für deut. Civilpr. XII. 1. s k. ll.; ellene Reinhold, u. o. XX. k. 113. s k. ll.

[1] A törvények rendelkezései azonban nem egyöntetűek. A T. csak köztudomású tényeket említ, ellenben a S. E. 62. §-a és a Terv. 274. §-a egyrészt a bíróság előtt ismeretes köztudomású, másrészt a bíróság előtt hivatalosan ismert tényeket különböztetnek meg. A német perr. 294. §-a és az osztrák perr. 269. §-a csak bíróság előtt ismeretes köztudomású tényekről szólanak. A S. E. és a Terv. kiterjesztő rendelkezését a hivatalosan ismert, bár különben nem köztudomású tényekre csak helyeselni lehet,

E tényeket közelebbről is kell meghatároznunk, mert a törvények általános rendelkezése azok tekintetében nem nyujt felvilágosítást. E czélból szükséges mindenekelőtt arra utalnunk, a mit már egy más helyen kifejtettünk (38. l.), hogy a birónak úgy a ténybeli, mint a jogbeli következtetése egy *összehasonlításon* alapszik. A biró a bizonyító tényekből mint okozatokból azért következtet a bizonyítandó tényekre mint okokra, mert sok más esetben is az olyan tények mint a bizonyító tények, más olyan tényeknek mint a bizonyítandó tények, okozatai gyanánt szoktak jelentkezni. A mi ezen sok más esetben áll, az a fenforgó esetre nézve is feltehető, hacsak különös zavaró okok nincsenek. a melyek álapján ettől a feltevéstől eltérni kell. Pl. a biró a tanu vallomása alapján azért fogja a bizonyítandó tényt valónak venni, mert sok más esetben azt tapasztalták, hogy az, a mit az emberek saját érzéki megfigyelésük alapján előadtak, való. A biró a fenforgó esetben a tanu vallomását össze fogja hasonlítani más tanuvallomásokkal, a melyek megbizhatósága kétségen felül áll, s ha azt találja, hogy köztük az azonosság meg van, a tanuvallomásnak a fenforgó esetben is fog bizonyító erőt tulajdonítani, de különben nem. Összehasonlításon alapszik a biró jogbeli következtetése is. A biró azért foglalja a fenforgó tényt egy bizonyos jogszabály alá, mert azt találja, hogy az a törvényhozó által képzeletben szem előtt tartott s jogilag minősített ténynyel azonos.

A birói közetkeztetés emez összehasonlító természete nemcsak azt teszi szükségessé, hogy a biró a felmerült perben szereplő tényeket ismerje, hanem sok más az életben felmerült tényről is birjon tudomással, a melyek az összehasonlító következtetés alapjául szolgálnak. E tények megismerése azonban egészen más szempont alá esik, mint az elbirálandó perbeli tényeké. Ez utóbbiakra a rendelkezési és a tárgyalási elvek mint kivétel nélküli szabály nyernek alkalmazást, a birónak soha sem lévén szabad más tényt tényalap, kifogás, ellenkifogás és bizonyító tény gyanánt elfogadni, mint a melyet a felek ilyen gyanánt felhoztak. De az, hogy a biró ezeket a tényeket minő tényekkel hasonlítsa össze a következtetés

mert bizonyára fölösleges volna a biró előtt azt bizonyítani. a miről neki *hivatalos úton* tudomása van. A köztudomású tények alkalmazására a régebbi perjogokban l. Wetzel: i. m. 179. s k. ll. és Langenbeck: i. m. 150. s k. ll. A mi régebbi jogunkban sem kellett a köztudomású s biró előtt ismert tényeket bizonyítani. Frank: i. m. II. 153. l.

czéljából, hogy azokat miként ismerje meg és belőlük minő következtetést vonjon: az egészen el van vonva a rendelkezési és tárgyalási elvek alól. Ebből következik, hogy a biró ezeket a tényeket figyelembe veszi a nélkül, hogy a felek azokra hivatkoznának s a mennyiben előtte nem ismeretesek, azokról belátása szerint nyer tudomást s nem alkalmazkodik a bizonyítási teher szabályaihoz. E tények nagy része egyébiránt mindenki előtt, s így a biró előtt is ismeretes, a melyeket a feleknek már ez okból sem kell felhozniok és bizonyítaniok. Emez, *a ténybeli következtetés alapját képező és mindenki előtt ismeretes tények, képezik a köztudomású tények egyik nagy csoportját.*[1] Ha azonban e tények nem köztudomásuak, a birónak azok megismerése és az összehasonlító ténybeli következtetés czéljából szakértőket kell alkalmaznia, a nélkül is, hogy a felek azok meghallgatását kérnék. Ez a kérdés képezi a szakértői véleményezés tulajdonképeni körét. De sok esetben a törvény is előmozdítja a ténybeli összehasonlító következtetést az u. n. *magyarázó jogszabályok* útján. Ezek alatt azok a jogszabályok értendők, a melyek által egy adott esetben a felek jogügyleti akarata kiegészítendő. Sokszor ugyanis a felek nem nyilvánítják ki elég világosan jogügyleti akaratukat; hogy e miatt az ügylet ne legyen érvénytelen, a törvény mondja meg bizonyos az életben sürün előforduló esetek alapján, mi tekintendő a felek akarata gyanánt.[2] E tények igen sokszor köztudomásuak; de ha nem azok, róluk a biró a fentebbi szabályok szerint szerez tudomást.[3]

[1] Példaképen birói gyakorlatunkból szolgáljanak a következő esetek. Különös szakismereteket fel nem tételező s nálunk általánosan ismert mezőgazdasági mozzanatok, köztudomású tények. C. I. G. 74/96. Fabiny: I. 280. l. Annak elbírálásánál, hogy valaki egy gyermek atyjának tekintendő-e az a mérvadó, hogy a gyermek anyjával a fogamzási időben közösült-e? A fogamzási időszak legrövidebb ideje 182 nappal, a leghosszabb ideje 300 nappal mindenkoron beleszámítva a nemzés és a születés napját is — számítandó. C. I. G. 408/96. Fabiny: II. 228. l.

[2] Példák a keresk. törvényből. A szerződés szavai közönséges értelemben veendők, miután a felek nem fejezték ki, hogy azokat más, eltérő értelemben kivánják használni. 266. §. Középfajú és minőségű áru szolgáltatandó, ha a szerződésben más kikötve nincs. 321. §. — stb.

[3] A ténybeli és jogbeli következtetésnél az összehasonlítás alapját képező tényektől jól megkülönböztetendők azok a tények, a melyekből a biró megtudja, hogy valamely szabály jogszabály-e? A bizonyítási teher szabályai ezekre szintén nem terjednek ki, mert a birónak hivatalánál

A másik körülmény, a melyre a köztudomású tények közelebbi meghatározása czéljából utalnunk kell, az, hogy minden perbeli tény — tényalap, kifogás, ellenkifogás, közvetett bizonyító tény — rendszerint oly helyen és időben történik, a melyekre vonatkozó tények közismeretüek. Maguk a felsorolt perbeli tények soha sem köztudomásuak; de helyi, időbeli és mennyiségi meghatározásaik rendszerint azok. *Ezek a tények képezik a köztudomású tények másik nagy csoportját.*[1]

A köztudomású tényektől lényegesen különböznek a bíróság előtt hivatalosan ismert tények, a melyek ujabb jogunk i. §-ai szerint szintén nem bizonyítandók. Ezek alatt a mi nézetünk szerint is csak azok a tények értendők, a melyekről az *eljáró birónak* van korábbi hivatalos eljárásából tudomása s a melyek a most elbírálandó más tényeknek előfeltételét képezik. Ezek bizonyítása azért volna fölösleges, mert az eljáró biró oly tényeinek bizonyításáról volna szó, a melyeket ő bizonyítás nélkül is ismer.[2]

fogva ismernie kell mindazokat a tényeket, a melyekből megtudja, hogy valamely szabály jogszabály-e? A feleknek nem feladata a birót e tények ismeretéhez juttatni. Nem képeznek ez alól kivételt a külföldi jogszabályok és a helyhatósági szabályok sem, mert ha a biró azokat különben is a felek előadásán kívül ismeri, azok nem bizonyítandók; ellenkező esetben bizonyításuk ugyan szükséges, de ez nem úgy történik, mint más perbeli tényeké, mert a biró a felek előadásán kívül megismerésük czéljából más forrásokat is felhasználhat (S. E. 63. 215. §§; Terv. 275. §.). V. ö. még Plósz: A magy. váltójog kézik. 3. kiad. 47. l. 7. jegy.; Nagy F.: A magyar kereskedelmi jog kézik. 3. kiad. I. 41. l.

[1] Példa. A felperes keresetében azt állítja, hogy az alperes tartozott neki 1897. évi május 7-én egy adásvételi szerződés alapján bizonyos árukat szolgáltatni. Ezzel szemben alperes hiába tagadná, hogy a felperes joga fizetést követelni, még nem jött létre, mert 1897. május 7-ike még nem telt el; mert az, hogy előfordult, köztudomású. Vagy a felperes azt állítja, hogy az alperes vételi szerződés alapján Budapesten köteles árukat átadni; ezzel szemben az alperes hiába tagadná a szerződés érvényét az alapon, hogy a teljesítés helye nem létezik. Az is köztudomású, hogy nálunk a méter-rendszer van érvényben, a teljesítés tehát e szerint ha tározandó meg. Másrészt azonban az a tény, hogy a felperes az alperessel szerződött vagy általában köztük egy bizonyos tény alapján jogviszony létrejött, módosult vagy megszűnt, soha nem köztudomású; ez, ha tagadtatik, mindig bizonyítandó.

[2] Példa. A bíróság azon tagjaira nézve, a kik a csődnyitási eljárásban résztvettek, egy későbbi perben hivatalosan ismert tény az, hogy a csőd meg van nyitva. C. 963/95. Márkus: VII. 530. l. Ujabban beható

III. A kivételek második csoportját képezik azok a tények, a melyek annak daczára, hogy más perbeli tényekből semmiben sem különböznek, mégis el vannak vonva a bizonyítási teher szabályai alól. Nevezetesen nem bizonyítandók azok a tények, a melyek létezését egy más polgári perben hozott jogerős itélet, egy jogerős büntető birósági itélet vagy egy közigazgatási hatóság jogerős határozata megállapította, s a melyektől a folyamatban levő polgári per miként való eldöntése függ, azok ez utóbbinak praeiudiciumát képezvén. Ama tények tagadása azért nincs megengedve, mert ez a praeiudicialis határozatok hatályát lerontaná. Ha ugyanis tagadásuk meg volna engedve, azokat újból kellene bizonyítani, s igy annak, hogy létezésüket a praeiudicialis határozat megállapította, semmi értéke sem volna. A praeiudicialis határozatoknak épen az a czélja, hogy az általuk megállapított tényeket egy későbbi polgári perben tagadni ne lehessen. Törvényeinkben ez egy általános szabály gyanánt ugyan nincs kimondva, de foly azon rendelkezéseikből, a melyeknél fogva a praeiudicium eldöntéseig a polgári per meg sem indítható (T. 9, 12. §.; 1871 : VIII. t.-cz. 70. §.) vagy annak eldöntéseig a polgári per eldöntése felfüggeszthető. (T. 10. §. S. E. 44. §; Terv. 250. §.)[1] Ha azonban az, hogy a praeiudicialis határozat meghozatott, tagadtatik, a tény, hogy ilyen határozat van, a közönséges szabályok szerint bizonyítandó.

IV. Egy egészen más eszmekörből vannak merítve az alábbi kivételek, a melyek a bizonyítási teher áthárításában állanak. Egyenként a következők :

*a*) A közokiratok által való bizonyításnál nem a félnek kell bizonyítania a közokirat valódiságát, a ki arra hivatkozik, hanem annak valótlansága az ellenfél által bizonyítandó (T. 165. §.), holott

vizsgálódás tárgyát képezi, hogy a biró a perben magánúton szerzett tudomását mennyiben veheti figyelembe. Schmidt: Die Aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Processrichters; Stein: Das private Wissen des Richters, a ki a köztudomásu és hivatalosan ismert tényezőkről is tüzetesen szól.

[1] Ezen a ponton a polgári és a büntető per közt nincs teljes viszonosság. Mert míg a jogerős büntető itélettel megállapított tényeket a polgári perben többé bizonyítani nem kell: addig a büntető perben a tények, a melyek egy bűncselekvény præiudiciumát képezik, annak daczára bizonyítandók, hogy azok létezését a polgári bíróság jogerős itélettel megállapította. 1896.: XXXIII. t. cz. 7. §. L. még indokolás a büntető perrendhez 103. l.; továbbá Fekete Ödön, Jogtud. Köz. 1896. évf.

a magánokiratoknál az ellenkező áll. Itt a kivétel nem egy közvetett bizonyító tény, hanem egy bizonyító eszköz alkalmassága tekintetében áll fenn olykép, hogy a törvény a bizonyító eszközt a bizonyításra mindaddig alkalmasnak tekinti, mig az ellenkezőt az ellenfél be nem bizonyítja. Nem az a kivétel, hogy a biró egy a multban már megtörtént tényt bizonyítás nélkül is valónak venne, hanem az, hogy a biró egy általa megszemlélt tárgyat, a közokiratot, bizonyításra alkalmasnak veszi, hacsak az ellenfél az ellenkezőt ki nem mutatja. Ez a kivétel, bár azt nem is szokás a bizonyítási teher szabályai alóli kivételek közt felsorolni, a közokiratok bizonyító erejének fokozása czéljából áll fenn.

*b)* A bizonyítási teher akkor is áthárul a bizonyító fél ellenfelére, midőn az előbbinek bizonyító eszközök hiányában vagy elégtelensége miatt nem áll módjában a bizonyítandó tény felől a birót meggyőzni. A törvény a bizonyító fél iránti méltányosságból teszi azt, hogy a bizonyítandó tény ellenkezőjének bizonyítását az ellenfélre hárítja, kötelezvén őt saját személyében bizonyító eszköznek szolgálni. Történik ez a rendes perben, midőn az ellenfélnek visszakinálhatlanul kináltatván a főeskű, azt a biró megítéli (T. 235. §.), midőn a biró hivatalból itél az ellenfélnek valódiságí (172. §. d.) vagy felfedező (238. §.) esküt, a sommás perben pedig (S. E. 95—97. §.), s a Terv. (377—381. §.) értelmében, midőn a bíróság hivatalból rendeli el az ellenfél kihallgatását eskű alatt.

## 39. §. Fő- és ellenbizonyítás.

I. Az a bizonyítás, a mely a feleket az előző §§. szerint a tényalap, kifogások, ellenkifogások, s a bizonyító fél ellenfelét a közokirat vagy a bizonyítandó tény valótlansága tekintetében terheli, *főbizonyítás*. Azért neveztetik igy, mert a perbeli beismerés útján be nem bizonyított tény első sorban ama bizonyítás révén derittetik ki. A bizonyító fél ellenfele azonban meggátolhatja azt, hogy a biró a főbizonyítás alapján a bizonyítandó tényt valónak vegye, az által, hogy *ellenbizonyítással* ól. Ez abból áll, hogy a bizonyító fél ellenfele más bizonyító eszközöket nevez meg, a melyek czélja vagy azt bebizonyítani, kogy a főbizonyítás bizonyító eszköze a bizonyításra alkalmatlan, vagy pedig, hogy az abban foglalt bizonyító tény nem okozata a bizonyítandó ténynek, s igy abból ez utóbbira következtetni nem lehet. Mind a két esetben, ha az ellen-

bizonyítás sikerül, a következmény az, hogy a biró azt, a mit a főbizonyítás útján kellett volna bebizonyítani, *be nem bizonyítoltnak* fogja venni. Mert ha a főbizonyító fél által igénybe vett bizonyító eszköz alkalmatlan a bizonyításra, akkor nincs is bizonyító eszköz és ha nincs bizonyító eszköz, akkor a bizonyítandó tény bizonyítás nélkül marad. Ugyanez a következmény akkor is, midőn az ellenbizonyítás a főbizonyítás hatályának lerontására irányul; mert ha egy és ugyanazon tény tekintetében két ellentétes tartalmú bizonyító tény van, a biró egyiknek sem adhat hitelt, s igy a bizonyítandó tény bizonyítás nélkül marad. Ebben az utóbbi esetben sem tehát az a következménye az ellenbizonyításnak, hogy a biró azt a tényt tekintené valótlannak, illetve valónak, a melynek valódiságát, illetve valótlanságát kimutatni a főbizonyításnak lett volna feladata.

II. Az ellenbizonyítás általában meg van engedve, noha ezt a törvények nem mondják, hanem csak egyes esetekre nézve tartalmaznak rendelkezéseket. (T. 153. §. S. E. 73. §.[2]).[1] Kivételesen azonban az ellenbizonyítás nincs megengedve. Nevezetesen egyes törvényes véleményeknél fordul elő az, hogy a törvény a vélelem bizonyító erejének lerontását ellenbizonyítás útján nem engedi meg. *Minősített törvényes vélelem.*[2] Perbeli beismeréssel szemben szintén nincs helye ellenbizonyításnak. Itt legfelebb csak visszavonásról lehet szó, a mely azonban egészen más szempont alá esik mint az ellenbizonyítás. Az ellenbizonyítás ugyanazon szabályok szerint történik, mint a főbizonyítás; tehát ugyanazok a bizonyító eszközök is foglalhatnak ott helyt, mint a főbizonyitásnál, kivéve mégis a feleket a mennyiben esküt tesznek, illetve eskü alatt kihallgattatnak. Az eskü, illetve az eskü alatti kihallgatás csak más bizonyítás hiányában vagy annak kiegészítésére fordulhatnak elő. Az ellenbizonyításnál egyikről sem lehet szó, mert itt már van teljes bizonyítás, ezt tehát úgy lerontani hogy az ellenbizonyítás csak esküvel, illetve eskü alatti kihallgatással történjék vagy ezek által egészíttessék ki, nem lehet. Még azt említjük itt fel, hogy ellenbizonyítással szemben van helye további ellenbizonyításnak, de csak ott, hol az eshetőségi elv alkalmazva nincs.[3]

[1] Ugyanezt kell mondanunk a német és az osztrák perrendről is.

[2] A vélelmekről l. a 42. §-t.

[3] Ezen elv alapján, minthogy a bizonyító félnek összes bizonyító

III. Ellenbizonyítással a bizonyító fél ellenfele nemcsak akkor élhet, midőn az előbbi már bizonyitott, hanom e nélkül is. *Azaz az ellenbizonyítás helyt foglalhat főbizonyítás nélkül is.* Az ilyen ellenbizonyításnak azonban nincs semmi perjogi haszna. Mert a bíróság a bizonyítandó tényt már azon oknál tartozik be nem bizonyítottnak venni, hogy a főbizonyítás nem történt meg; a per kimenetele szempontjából tehát teljesen fölösleges, még a bizonyítandó tény valótlanságát is ellenbizonyítás útján kimutatni. Ennél fogva a Terv. 279. §-a egészen megfelelően rendeli, hogy a bíróság nem köteles bizonyítással nem terhelt féltől ajánlott bizonyítást felvenni. — Ellenbizonyításnak, főbizonyítás nélkül még akkor sincs perjogi jelentősége, midőn a felek az iránt szerződtek, hogy a bíróság a bizonyítandó tényt mindaddig tartsa valónak, míg az ellenfél ellenbizonyítás útján annak valótlanságát ki nem mutatja. Az ilyen szerződés, — bizonyitási szerződés — a mennyiben bíróságon kívül köttetnék, legfölebb csak mint peren kivül tett beismerés jöhetne figyelembe, annak bizonyító erejét tehát a bíróság belátása szerint mérlegelné. Ha pedig a szerződés a bíróság előtt a perben jönne létre, azt a bíróság legfőlebb csak perbeli beismerésnek vehetné, melynek visszavonhatóságát belátása szerint itélné meg. Ha azonban a bíróság a bizonyítási szerződést sem perenkívüli, sem perbeli beismerésnek nem tekintheti, akkor annak nincs is semmi hatálya, mert a bizonyítási teherre vonatkozó szabályok nem olyanok, a melyektől a bíróságnak *a felek szerződése alapján eltérnie szabad volna.*[1]

## 40. §. A bizonyítási teher jogi természete.

I. Azon elv alapján, hogy a biró a bizonyító eszközöket nem hivatalból, hanem mindig a felek megjelölése folytán figyeli meg, merül fel a kérdés: miben áll a bizonyítási teher jogi természete? A felek minden kérelmének és bizonyos nyilatkozataiknak, a kifogásoknak és ellenkifogásoknak, tények által kell indokolva lenniök. E tényeket, minthogy már a multban történtek, a biró nem észlel-

eszközeit előlegesen kellett megneveznie, állították fel a tételt: reprobatio reprobationis non datur.

[1] Ellenkezőleg PLANCK: i. m. I. 340. l. a ki a bizonyítási szerződést hatályosnak tekinti.

heti; valódiságukról csak úgy győződhetik meg, ha azok hatásait a bizonyító eszközökön észleli. Ezek megjelölése, a kérelem, illetve a nyilatkozat indokolásának kiegészítő részét képezi, kivéve, ha az ellenfél önönmagát teszi bizonyító eszközzé, tehát a tényt beismeri. A megjelölés az illető bizonyító eszköz *megnevezése* által történik. Vajjon e megnevezés a fél perbeli kötelessége vagy pedig csak egy megengedett perbeli cselekvény? Az előbbit azért lehetne vélni, mert a perbebocsátkozás után a felperes is s nemcsak az alperes van perjogilag lekötelezve, ő is, s nemcsak az alperes tartozván a perben nyilatkozni; és hogy a mely tényt a fél állítani tartozik, azt rendszerint bizonyítania is kell. Ez a megoldás azonban, bármennyire is látszik természetesnek, még sem volna helyes. A fél kötelezettsége a perben teljesen ki van merítve a tényalapra, a kifogásra, az ellenkifogásra s a bizonyító eszköz alkalmasságára, a menynyiben ez nem hivatalból vizsgálandó — való nyilatkozás által, mert csak ennek elmulasztása miatt érik a felet oly következmények, a melyek csak ott fordúlnak elő, a hol kötelesség is van. Ilyen következményekkel azonban a perben nem találkozunk akkor, midőn a fél a bizonyító eszközt megnevezni elmulasztja. Ha a féla bizonyító eszközt meg nem nevezi, csak az történik, hogy a bizonyítandó tény *bizonyítatlan* marad, s így a bíróság a kérelmet vagy nyilatkozatot, melynek indokolására a bizonyítandó tény szolgált, nem fogja figyelembe venni. De a bizonyító eszköz megnevezésének elmulasztása miatt a felperest semmiféle hátrány sem fogja érni, nevezetesen nem az, hogy a bíróság a bizonyítandó tényt *valótlannak* venné. A bizonyítás elmulasztása esetében tehát minden abban maradt a mint a bizonyítás előtt volt. De kétségtelen, hogy a bizonyítás a félnek érdekében áll, mert pernyertességének előfeltétele s kétségtelen, hogy ez a félre nézve sokszor igen súlyos előfeltétel. Innen van, hogy tehernek mondjuk és hogy sokan ez oknál fogva kötelezettségnek nevezik,[1] a mi azonban egészen téves. Nemcsak

[1] Frank: i. m. II. 160. l.; Zlinszky: i. m. 82. s k. ll.; Wetzel: i. m. 143. s k. ll. Langenbeck: 276. l. és más irók. Az elnevezést rendszerint nem használják szakszerüen. Ugyanezt kell mondanunk a német perrend 412. §-ról. Sőt Langenbeck egy alábbi helyen világosan megmondja, hogy a bizonyítási terhet nem tartja kötelességnek. 391. l. Fitting, Grünhut-féle Z. XIII. 12. s k. ll. a bizonyítási terhet nem tekinti kötelességnek; az szerinte nem önálló és közvetlen tárgya a jogi szabályozásnak, nem önálló jogi fogalom, csak következménye annak, mely tényeknek kell kétség-

a perben, de a magánjogban is tapasztaljuk, hogy sokszor egy jogi előny megszerzése czéljából bizonyos cselekvényeket kell véghez vinnünk, melyek nélkül a jogi előnyt el nem érhetjük. De ezekre, legalább szakszerűen aligha mondaná valaki, hogy kötelességek. Mert, ha azokat a fél elmulasztja, csak az elérni kivánt jogi előnytől esik el, de kötelességsértés következményei reá nem hárulnak. Könnyebb volna neki a jogi előnyt ama feltételek nélkül is elérni s így előzetes teljesítésük reá nézve teher, de nem kötelesség.[1] Egyébiránt csak a főbizonyításra nézve mondjuk, hogy teher és mondják sokan, hogy kötelesség; az ellenbizonyításra nézve ezt nem állíthatják. És valósággal, ez épúgy nem kötelesség, mint a főbizonyítás nem az.

II. A negativ eredmény, melyre jutottunk, is mutatja, hogy a bizonyitási teher a félnek megengedett cselekvényét jelenti, mely abból áll, hogy a fél pernyertességének előfeltételeképen a bizonyító eszközt megjelöli. A bizonyító eszköz megnevezése tehát a félnek *megengedett perbeli cselekvénye.* Kivételképen, mint alább látni fogjuk, *tiltott* cselekvény is lehet. A felperes azon czéljának, hogy a peresfelek cselekvése egy bizonyos jogviszony iránt meghatároztassék, legelső előfeltétele a kereset. A felperesnek a meghatározást kérnie kell, mert a bíróság hivatalból nem teszi. Azonban ezen előfeltétel teljesítése egyedül nem mindig vezet czélra, névszerint nem akkor, ha az alperes a tényalapot tagadja. Ezen esetben a felperesnek, czéljának elérésére még egy további előfeltételt kell teljesítenie, meg kell neveznie a bizonyító eszközt, melylyel a tényalap valódiságát kimutatni akarja. Ugyanez áll az alperesre, midőn a felperes, kifogását tagadja. Alakilag minden megengedett cselekvény a bírósághoz intézett kérelem. Tudjuk, hogy a kereset is az. A mit a törvény a félnek megenged, az iránti közreműködést a bíróságtól kérnie kell, mert a bíróság magától nem fogja tenni. De a mit a törvény a félnek kötelességévé tesz, arra a biró a felet kérelme nélkül is kényszeriti. Ilyen a kérelemre való nyilatkozás.

teleneknek lenniök és melyek igényelnek megállapítást. Ez azonban nem jogi megoldás. Reinhold, Z. f. deut. Civilpr. XX. 129. s k. l. sem tekinti a bizonyítási terhet a fél kötelességének. Planck: i. m. II. 169. l. ellenben a fél jogának mondja.

[1] Példa erre nézve a váltójogban az óvás feltétele, mely a visszkeresetnek rendszerinti előfeltételét képezi.

Ezek szerint a bizonyító eszköz megnevezésének is *kérelem* alakjában kell történnie. Sokszor azonban ez nem jut eléggé kifejezésre, mely okból a cselekvény jogi természete is nehezen ismerhető fel. Sok esetben ugyanis a bizonyító eszköz megnevezése nem *önálló kérelem*, hanem össze van kötve más kérelemmel vagy nyilatkozattal. A felperes már a keresetben, az alperes a perbebocsátkozáskor, a kifogásokkal kapcsolatban szokta a bizonyító eszközöket megnevezni, melyekkel bizonyítani akar, ha az ellenfél a kifogásokat tagadná. S ez nemcsak a rendes perben történik, a hol az eshetőségi elvnél fogva a félnek különbeni kizárás mellett kell a bizonyító eszközt már előzetesen megjelölnie (T. 64, 133, 134, 156. §§.), hanem történik a sommás (S. E. 15. §. 3.) s általában a szóbeli perben is, noha itt a kizárás elve nem nyer alkalmazást, még akkor sem, midőn a bizonyító eszköz előzetes megnevezését, miként a sommás perben, a törvény rendeli el.[1] Más esetekben a bizonyító eszköz megnevezésének jogi természetét azért nehéz felismerni, mert a fél a bíróság *felhívására* jelöli meg a bizonyító eszközt. Ez a birói pervezetés kiterjesztése alapján különösen az ujabb jogokban fordúl elő, melyek értelmében a biró a felet figyelmezteti, mely állításának bizonyítására kell a bizonyító eszközt megjelölnie vagy, hogy a bizonyító eszközt közelebbről jelölje meg. (T. 108. §. N. 17. §. S. E. 37. §. Terv. 230. §.) Fokozza végül a nehézséget még az, hogy a biró egyes bizonyító eszközöket, nevezetesen *szemletárgyakat*, a fél kifejezett kérelme nélkül is vehet figyelembe. (T. 211. §. Terv. 349. §.) Ekkor azt szokás mondani, hogy a bíróság hivatalból rendeli el a bizonyítást.[2] De ez helytelen, mert a bíróság soha nem alkalmaz bizonyító eszközöket, a melyeket a felek nem kértek, kivéve a feleket, a kiket egyes esetekben hivatalból alkalmaz bizonyító eszközök gyanánt. (L. 236. l.) Csak annyi áll, hogy e kérelemnek nem kell kifejezettnek lennie, hanem elég, ha csak közvetve, egyéb előadásból tünik ki, hogy a fél bizonyítani akar, mely szándékára már a perben való állásából is lehet következtetni.[3]

[1] A Terv. is elő írja. V. ö. 134. §.

[2] Különösen a szemlére nézve Heussler: Arch. f. civ. Praxis LXII. 256. s k. ll.

[3] Ilyen értelemben veendők a Terv. kifejezései, melyekben hivatalból elrendelt bizonyításról van szó (297., 336., 349. §§.). L. különösen ind. 19. és 177. s k. l.

A bizonyító eszköz megnevezése tiltott perbeli cselekvény, ha a fél bizonyító eszközt a per elhúzása czéljából nevez meg s e miatt őt a törvény büntetéssel sújtja. A T. 195. §-a egyedül a rosszhiszemü *tanunevezést* minősíti tiltott cselekvénynek, 100 frttól 300 frtig terjedő bírsággal rendelvén sújtani azt a felet, a ki tanukat rosszhiszemüleg nevez s ezt S. E. 93. §-a is fentartja. A Terv. ellenben a bizonyító eszközök rosszhiszemü megnevezését egy esetben sem minősíti tiltott cselekménynek, mert ezen visszaélés elhárítására a hatályos birói pervezetés sokkal czélszerübb eszköz. A rendes perben arra a czélra, hogy a bizonyító eszközök megnevezése tiltott perbeli cselekvénynyé ne fajuljon, egyedül az eshetőségi elv szolgál, a melynek folytán a félnek későn felhozott bizonyító eszköze, figyelembe nem vétetik. Az ujabb jogok a rosszhiszemü bizonyítóeszköz-nevezés elháritására nem tartalmaznak ilyen természetü rendelkezést,[1] hanem a biró fel van jogosítva belátása szerint egyrészt a fölöslegesen nevezett bizonyító eszközöket, másrészt olyanokat, a melyek kevésbé alkalmasok, mint mások, nem észlelni. Mind a kettőt megteheti a biró a mi jogunk szerint is a sommás perben, s a Terv. szerint általában. Az utólagosan megnevezett bizonyító eszközt, mely a tárgyalás elhalasztását tenné szükségessé, az ellenfél kérelmére figyelembe nem veszi. (S. E. 33. §. Terv. 227. §.); olyan körülmények tekintetében pedig, melyeket a fél beszerezhető okirattal bizonyíthat, egyéb bizonyítást kizárhat. (S. E. 40. §. Terv. 339. §.)

III. Az előadottak szerint a bizonyító eszköz megnevezése, nem kötelessége annak, kit a bizonyítás terhel, hanem az neki szabályként csak meg van engedve. Ettől azonban jól megkülönböztetendők a következő esetek. A bizonyító eszköz megnevezése körül sokszor van a bizonyító fél ellenfelének közreműködésére szorúlva, mert sokszor megtörténik, hogy a bizonyító eszközről, melyet a bizonyító fél használhatna, csak neki van tudomása. Jelenlegi jogunk szerint azonban a bizonyító fél ellenfelét nem terheli kötelezettség az iránt, hogy a bizonyító fél érdekében a bizonyító eszközök megnevezése körül segédkezzék. Azonban megálla-

[1] Mást igen, így midőn a tanukihallgatás a költségek előzetes biztosításától tétetik függővé. S. E. 83. §., Terv. 303. §.; midőn a bíróság a külföldön lakó tanu kihallgatásának elrendelésekor egyidejüleg az ügy tárgyalására is tűz határnapot S. E. 84. §.

pítja ezt a Terv. E szerint a bizonyító fél ellenfele köteles megnevezni a tanukat (297. §.), a szemletárgyakat (351. §.), a melyekről tud, sőt ez utóbbiakat a mennyiben birtokában vannak, s a birtokában lévő okiratokat is, a mennyiben ezekre hivatkozott (334. §.), kiadni tartozik.[1] Erről még a következő §-ban is lesz szó.

A másik megkülönböztetendő eset, hogy a biró a peresfeleket *hivatalból*, alkalmazza bizonyító eszközöknek. Ez előfordul a rendes perben, midőn a biró a bizonyító félnek pót-, becslő- vagy valódiségi (T. 236., 237., 172. §-e), a bizonyító fél ellenfelének szintén valódiségi (T. 172. §. d.) vagy felfedező (T. 238. §.) esküt itél; a sommás eljárásban és a Terv. szerint pedig, midőn a biró a felet hivatalból, illetve kérelme nélkül kihallgathatja eskü alatt. Még pedig, ha más bizonyíték nincs, első sorban a bizonyító fél ellenfelének meghallgatását kell megkisérelni, a bizonyító fél csak akkor hallgatható ki eskü alatt, ha az ellenfelet nem sikerült eskü alatt kihallgatni. Ha pedig a bizonyítás kiegészítendő, a biró belátása szerint hallgatja ki eskü alatt a bizonyító felet vagy ellenfelét. Végül kárbecslés esetében a bizonyító fél, okiratok vagy vagyon felfedezésére való lekötelezés esetében a bizonyító fél ellenfele hallgatandó ki eskü alatt. (S. E. 95—97. §., Terv. 377—382.§.) Ide tartozik végül az az eset is, hogy a biró a sommás perben (S. E. 78. §.) és a Terv. szerint általában (347. §.) azt a felet, a ki az okirat valódiságát tagadja, kötelezi, hogy az összehasonlitás czéljából, bizonyos a bíróság által megjelölendő szavakat írjon le. Mindezen esetekben a bizonyító félre, illetve az ellenfelére nézve

[1] E rendelkezések folyományai annak a tételnek, hogy a felek a perben «egymásnak» segédkezni tartoznak. A régibb jognak ellenkező volt az elve. A tétel különben nincs is jól szövegezve, mert a felek perben semmiféle jogviszonyban nincsenek. A kérdés helyesen fogalmazva csak az lehet: mennyiben czélszerű, hogy az állam az egyik félnek perbeli kötelességévé tegye a másik fél *pernyertessége* érdekében bizonyító eszközöket a biró előtt megnevezni vagy előállítani? Hogy perenkívül álló személyekre (tanuk) ilyen természetű közpolgari kötelezettség nehezedik, azt mindenki természetesnek találja. De legkevésbé az, hogy a peresfélre rójunk ilyen kötelességet, mikor neki érdeke az, hogy ellenfele pervesztes legyen. Épen azért annak gyakorlati alkalmazása legnagyobb óvatosságra int. A kérdés elméleti indokolására nézve, bár egészen téves szempontból l. Klein: Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessordnung in Österreich 36. s k. ll. 1891. Sem a német sem az osztrák perrend nem tartalmaznak olyan rendelkezéseket mint a Terv.

a bizonyító eszközképen való szereplés s nem annak megnevezése, a fél *perbeli kötelezettsége*. Ennek elmulasztása esetében a bizonyítandó tény valótlannak, illetve, ha az ellenkezője lett volna ellenfél által bizonyítandó, valónak fog vétetni. E kötelesség azonban csak kivételes, mert csak szükség esetén terheli a feleket, ha más bizonyító eszköz nincs vagy ennek kiegészítése szükséges.

## 41. §. A bizonyító eszközök észlelése.

I. A bizonyító tények, a melyekből a bizonyítandó tényre következtetés történik, mindig egy bizonyító eszközben testesülnek meg. Ezeket a birónak észlelnie, megfigyelnie kell, hogy a rajtuk nyilvánuló bizonyító tényt felismerhesse. Az észlelés feltételezi azt, hogy a bizonyító eszköz a bíróság előtt van, úgy, hogy annak érzéki megfigyelése a bíróság részéről lehetséges. Ha ez nem forog fenn, akkor a bizonyító eszközt előbb a bíróság elé kell *állítani*. Az előállítás vagy önkéntes vagy kényszer utján történik. Az előbbi akkor fordul elő, midőn nem szükséges különös birói cselekvény a czélból, hogy a bizonyító eszköz a bíróság elé kerüljön. Igy, midőn bizonyító eszköz maga a fél, ez a bíróság előtt megjelenve beismer, esküt tesz vagy magát eskű alatt kihallgattatja, midőn a bizonyító eszköz, okirat vagy szemletárgy s ezeket a fél a bíróság előtt felmutatja, illetve az utóbbiakat a bíróság részéről megszemlélhetővé teszi, vagy midőn a bizonyító eszköz tanú s ez a bíróság előtt idézés nélkül megjelenik, a mi jelenleg csak a sommás (S. E. 82. §.) és a községi biráskodás alá tartozó perekben (K. b. e. 22. §.) lehetséges. Ha ezen esetek egyike sem forog fenn, a bíróság *parancsot* bocsát ki a bizonyító eszköz előállítására s parancsának szükség esetében kényszer utján szerez érvényt.

E parancs csak azokhoz intézhető, a kiket kötelesség terhel a bizonyító eszközt előállítani. Első pillanatra azt vélnők, hogy a parancs annak a félnek szól, a kit a bizonyítás terhel. De ez a feltevés téves volna. Valamint a bizonyító félnek nem kötelessége, a bizonyító eszközt megnevezni: épúgy nem kötelessége, a bizonyító eszközt előállítani. Mind a kettő csak jól felfogott érdeke, pernyertességének előfeltétele. S ezt annak daczára állíthatjuk, hogy a perjogok általában mondják, hogy a mennyiben a fél *okirattal* akar bizonyítani, a másik félnek «joga»

van az *eredeti* okirat felmutatását követelni. (T. 182—186. §.; K. T. 34. §.; S. E. 79. §.). De itt nem arról van szó, hogy a bizonyító fél általában kötelezteessék az eredeti okiratot felmutatni, hanem csak arról, hogy az okirattal való bizonyításnak feltételeit teljesítse. De valósággal kivételt képez a szabály alól az, hogy a felet törvényes kötelesség terheli magát bizonyító eszköznek átengedni, a mi mint tudjuk, akkor történik, midőn a biró a bizonyító félnek hivatalból itél esküt, illetve őt hivatalból hallgatja ki eskű alatt. Ezen esetekben a fél köteles a bíróság előtt megjelenni és esküt tenni vagy eskű alatt vallani, mert különben joghátrányok érik.

Szabályként tehát a kötelesség, a bizonyító eszközt előállítani, csak a bizonyító féltől különböző személyeket terhelhet: a bizonyító fél ellenfelét és a perenkívül álló harmadik személyeket. Czélszerűségi kérdés, hogy eme kötelességük minő terjedelemben állapíttassék meg. Mint az alábbiak mutatni fogják, e kötelesség sokkal terjedelmesebb ujabb jogunkban, mint másutt és mint régebben volt. A perben nem álló harmadik személyeket illetőleg régtől van elismerve, hogy ezek kötelesek a bíróság előtt tanukként vallani. *A tanuzási kötelesség* közjogi természetű és némi kivételektől eltekintve, mindenkit terhelő kötelesség. (T. 206. §.; Terv. 304. §.). Ujabb jogunk e kötelességet oda terjeszti ki, hogy a tanu nemcsak szóval tartozik előadni azt, a mit emlékezetében megtartott, hanem a kérdésre tartozó s birtokában levő *okiratokat* is tartozik felmutatni (S. E. 90. 215. §§; Terv. 316. §.),[1] sőt a Terv. 353. §-a ezenfelül minden a peren kívül álló személyt a birtokában lévő szemletárgyak felmutatására kötelez.[2] A kiterjesztés mind a két irányban helyes, mert igen czélszerű, azt az elvet: hogy perben álló polgártársunk pernyertességét a birtokunkban levő bizonyító eszközök felmutatása által előmozditsuk, minél szélesebb körben alkalmazni, feltéve, hogy ez által sem önmagunkat sem mást meg nem károsítunk. A mi pedig a bizonyító fél ellenfelét illeti, erre nézve általában el van ismerve, hogy ő a birtokában lévő okiratokat, melyek az ellenféllel közösek vagy a melyeket e nélkül is magánjogi kötelme alapján kiadni tartozik: az ellenfél kivánságára a bíróságnak felmutatni köteles (T. 188. §.,

[1] Ez az angol jogból van átvéve. Terv. ind. 185. l.

[2] L. a Terv. részletes indokolását 197. s k. l.

S. E. 81. §., Terv. 333. §.). A Terv. azonban ezt még kiterjeszti arra is, hogy a bizonyító fél ellenfele más *okiratokat* is felmutatni tartozik, feltéve, hogy arra bizonyítás czéljából hivatkozott. A bíróság a felmutatást nemcsak a bizonyító fél kérelmére, hanem hivatalból is elrendelheti (334—336. §.). Kötelezi még ezenfelül a Terv. a bizonyító fél ellenfelét a birtokában lévő *szemletárgy* felmutatására is, melyet a bíróság a bizonyító fél kérelmére vagy hivatalból rendelhet el (349. §.). A bizonyító eszköz előállítása iránti kötelesség megsértése joghátrányokkal jár. Ezek a peren kívül álló személyre nézve pénz vagy szabadságvesztésből állanak, a bizonyító fél ellenfelére nézve abból, hogy azon tényt, melyre nézve ez utóbbinak a bizonyító eszközt előállítania kellett volna, a bíróság rendszerint belátása szerint bizonyítás nélkül is valónak veheti. (T. 188. §[8], S. E. 81. §[5], Terv. 335, 351. §§.)[1]

II. A bizonyító eszköz megszemlélésének módja különböző a bizonyító eszköz természetéhez és a per szerkesztéséhez képest: majd *közvetlen* majd *közvetett*.[2] Közvetlen akkor, midőn az a bíróság észleli a bizonyító eszközt, a melyből következtetnie kell, közvetett, midőn a bíróság valamely közege, *kiküldött biró* vagy egy *megkeresett biró* teljesíti az észlelését, az ítélő bíróság pedig csak ezeknek a *jelentését* észleli. Kivétel nélkül, sem az egyik sem a másik sehol sincs keresztülvive. A közvetett észlelés inkább a régebbi, a közvetlen pedig inkább az ujabb jogok sajátja, azon helyes tapasztalat alapján, hogy a bíróság csak akkor jut abba a helyzetbe, hogy a bizonyító eszközön nyilvánuló bizonyító tényt

[1] Meg kell jegyeznünk még azt, hogy a bizonyító fél ellenfelének kötelezettsége, mikép a perben *bizonyító eszközül* szolgáljon, egészen más szempont alá esik. Ez a redes perben csak a visszakinálhatatlanul kivált főeskünél, a mennyiben a biró megitéli (T. 235. §.) a valódiságí (T. 172. §. d.) és a felfedező eskünél (T. 237. §.) fordulhat elő, mert csak ezt ítélheti meg a biró a bizonyító fél ellenfelének hivatalból, illetve kérelme nélkül, a sommás perben pedig általában az eskü alatti kihallgatásnál (S. E. 95. §.), a mely a bizonyító fél ellenfelével szemben is hivatalból elrendelhető. Ezen esetekben nem arról van szó, hogy az ellenfél köteleztetnék a *bizonyító félnek* bizonyító eszközt szolgáltatni, hanem az *ellenkezőnek* bizonyítását, mint a mit a bizonyító fél bizonyítani akar, magára vállalni. Arra nincs sehol kötelezettség, hogy az ellenfél *saját személyében* bizonyító eszközül szolgáljon a *bizonyító fél javára*. Csak *nyilatkozási kötelesség* van a tekintetben, vajjon akarja-e ezt (beismerés) vagy sem.

[2] L. még a 17. §-t.

teljesen felismerhesse, ha a bizonyító eszközt saját érzékeivel megfigyeli. Az előbbi inkább beleillik a tiszta irásbeli, az utóbbi a szóbeliséggel vegyes perek keretébe. Mert ott, hol a bíróság a felek élőszóbeli előadásait soha sem hallgatja meg, hanem csak irásbeli beadványaikat olvassa, inkább megfelel az, hogy a bíróság a bizonyító eszközöket se észlelje közvetlenül. Míg ellenben ott, hol a bíróság a felek élőszóbeli előadásait is meghallgatja, jobban felel meg az, hogy a bíróság a bizonyító eszközöket is közvetlenül észlelje. De a közvetett bizonyítás nem szükségképi követelménye az irásbeli, a közvetlen bizonyítás a szóbeliséggel vegyes pereknek. Igy a mi rendes perünkben, inkább a gyakorlat, mint a törvény rendelkezése folytán a tanuk kihallgatása és a szemletárgyak megfigyelése, közvetve, kiküldött biró által történik. De a T. ezt nem rendeli, sőt 214. §-ában a közvetlen észlelés lehetősége kifejezetten el van ismerve. Közvetve, kiküldött biró előtt történik az eskűkivétel is (T. 240. §.). Ellenben az okiratok megfigyelése, melyek a perbeli beadványokhoz mellékeltetnek, a rendes perben is mindig közvetlen. A sommás perben s ezzel megegyezően a Terv. szerint általában az elsőfokú és a felebbezési bíróság előtt a bizonyító eszközök közvetlen észlelése képezi a szabályt, melytől a bíróságok csak kivételesen térhetnek el, midőn a közvetlen észlelés lehetetlen vagy igen nagy nehézségekkel járna, ekkor az illető bíróságok kiküldött birót rendelnek ki vagy egy más birót keresnek meg. (S. E. 66, 157. §§; Terv. 283. §.) A felülvizsgálati eljárásban pedig a bíróság belátásától függ, a bizonyító eszközöket közvetlenül vagy közvetve észlelni. (S. E. 200. §. Terv. 567. §.)[1]

[1] A S. E. és a Terv. rendszerével megegyezik a német perrend (320. §.) rendszere, azzal az eltéréssel, hogy még a felülvizsgálati eljárásban is a közvetlen bizonyítás képezi a *kötelező szabályt*. Ellenben az osztrák perrendben már az első fokú bíróság előtt is a bizonyítás felvétele a bíróság belátása szerint közvetve vagy közvetlenül történik. 276. §. A S. E. és a Terv. által követett középút a leghelyesebb. A franczia perrend szerint a tanukihallgatás (enquête) és a szemletárgyak megfigyelése (descentes sur les lieux) mindig kiküldött bíró előtt történik (250., 295. §§.), tehát közvetve és nem közvetlenül. Ellenben az esküt a fél rendszerint közvetlenül az itélő bíróság előtt teszi le. GARSONNET: i. m. II. 601. s k. ll. Egyes irók, mint GARSONNET: i. m. II. 584. s k. l. megengedettnek tartják, hogy az itélő bíróság a szemletárgyakat is közvetlenül megfigyelhesse. Régi jogunk szerint is a bizonyítás felvétele szabály-

## 42. §. Következtetés a bizonyító tényekből. Kötött és szabad bizonyítás.

I. Több izben kiemeltük már, hogy a bizonyítás mindig következtetés egy a biró által észlelt tényből mint okozatból, egy más megtörtént tényre mint okra. Minden egyéb, a mi ennek előmozdítására történik: a bizonyító eszközök megnevezése, azok észlelése csak előkészítése a bizonyításnak. A bizonyító tényből a következtetés a bizonyítandó tényre vagy szükségképi vagy nem az. Szükségképi akkor, midőn ki van zárva annak a lehetősége, hogy a biró a bizonyító tény előidéző oka gyanánt más tényt tekintsen, mint a bizonyítandó tényt; nem szükségképi, midőn meg van a lehetőség, hogy a biró a bizonyító tényt más tényre is s nem épen a bizonyítandó tényre, mint előidéző okra, vezesse vissza. A előbbi esetben a bizonyító tény *teljes*, az utóbbiban *nem teljes bizonyító erejű*.

Teljes bizonyító erővel bir a *közvetlen bizonyító tény*, akkor, ha elég határozottan ismerheti fel a biró és ha ismeretes előtte az a természeti törvény, mely szerint más esetekben is olyan okozatot más tény mint ok előidézni szokott. Ennélfogva a biró a tényből, melyet érzékeivel megfigyel, feltéve, hogy sikerült azt összes tulajdonságaival megismerni, egészen biztosan következtethet a természet ismeretes törvényei alapján arra a tényre, a mely azt előidézte. A *közvetett bizonyító tények* azonban már nem nyujtanak teljes bizonyosságot. Egy tényből csak arra lehet biztosan következtetni, hogy azt minő más tény idézte elő; de hogy emezt ismét, miután érzékeinkkel nem figyelhetjük meg, minő további tény idézte elő, abból az első tényből biztosan nem következtethetjük. Annak a ténynek ugyanis, melyre az érzékeinkkel megfigyelt tényből következtetünk, *többféle tény* szolgálhat keletkezési oka gyanánt. Minél több a lehető tények száma, melyek azt az általunk nem észlelt tényt előidézhették, annál kisebb a bizonyosság, melylyel az észlelt tényből a nem észlelhető tény ható okára következtetni tudunk, ellenkezőleg annál nagyobb. A közvetett bizonyító tények tehát csak kisebb nagyobb *valószinűséget* nyujtanak.

ként közvetlen volt. A törvényszék figyelte meg a szemletárgyakat, hallgatta ki a tanukat, eskette meg a feleket. Frank: i. m. II. 165., 177., 227. ll.

Ha a tanú előadja, hogy látta, midőn a felperes az alperesnek egy pénzösszeget átadott és hogy hallotta az alperes igéretét, mikép azt a összeget vissza fogja fizetni, feltéve, hogy a tanú igazmondó, érzéki megfigyelése nem téves, azaz, hogy vallomása hitelt érdemlő és határozott: egész bizonyosan győződünk meg arról, hogy az alperes kölcsönképen vette át az összeget a felperestől. Ha ellenben a tanú csak azt vallja, hogy az alperes előtte kijelentette, mikép azt a kölcsönösszeget a felperestől felvette: ebből csak az egészen bizonyos, hogy az alperes a beismerő kijelentést tette, de az már nem bizonyos, habár valószinű, hogy a kölcsönösszeget tényleg fel is vette, mert lehetséges, hogy az alperes ilyen kijelentést tett a nélkül, hogy a kölcsönt átvette volna.

Egészen természetesnek fogjuk találni s a törvények is úgy rendelkeznek, hogy a biró csak akkor tekintse a bizonyítandó tényt megtörténtnek, ha a bizonyító tény annak megtörténte felől teljes bizonyosságot nyujt, a mit a fentebbiek szerint csak a határozott közvetlen bizonyító tény nyujthat. De, miután igen sok esetben nem áll a biró rendelkezésére ilyen bizonyító tény, hogy a bizonyítás sikertelen ne maradjon, a törvények kisegítő rendelkezéseket vesznek fel. Ilyen mindenekelőtt az, hogy a törvény megengedi, mikép a biró a nem teljes bizonyító erejű közvetett bizonyító tényt belátása szerint teljes bizonyító erejűnek vehesse. (T. 156. §. és Terv. 281. §.). Ezt a biró a törvény czélzatának megfelelően minden veszély nélkül csak akkor teheti, ha a közvetett bizonyító tény a bizonyítandó tény felől *igen nagy valószinűséget* nyujt, a mely mint már tudjuk akkor van meg, midőn csekély azon tények száma, a melyek a közvetett bizonyító tény ható okát képezhették, de ezenfelül még akkor is, midőn a bizonyítandó tényre nézve több a közvetett bizonyító tény. Ez az utóbbi eset az, hogy a biró több közvetett bizonyító tényt ismert fel, a melyek mind a bizonyítandó tényre, mint ható okra vezethetők vissza. Ez az u. n. *összetett bizonyítás.*[1] A közvetett bizonyító tények

[1] Példa. A felperes pert indítván az alperes ellen egy kölcsönösszeg megfizetése iránt, az alperes azt a kifogást hozza fel, hogy a kölcsöntartozást kifizette. A felperes e kifogást tagadván, az alperes azzal bizonyít, hogy tanukra hivatkozik, a kik látták, midőn a fizetendő kölcsön összeggel ellátva a felperes lakásába bement és visszajövet látták az alperesnél a kölcsönről szóló kötelezvényt. E két tény, melyeket a tanuk vallanak közvetett bizonyító tények a kölcsön tartozás kifizetésére nézve s együt-

száma, a melyek az összetett bizonyításnál a biró előtt állanak, sokszor igen nagy s egyike a legnehezebb birói teendőknek azok összehatásából a bizonyítandó tényről teljes bizonyosságot szerezni. Egyébiránt az összetett bizonyítás nemcsak a közvetett, de a közvetlen bizonyításnál is előfordulhat. Nagyobb haszna azonban inkább az előbbinél nyilvánul, mert a valószinűség fokozása czéljából különösen ott van szükség több összevágó bizonyító tényre.

A másik mód, a mely a közvetett bizonyítás hasznavehetőségének emelésére szolgál az, hogy egyes esetekben a törvény a közvetett bizonyító tény bizonyító erejét előre meghatározza, szintén azon nagyfokú valószinűségnél fogva, melyet az a bizonyítandó tény iránt nyujt. Ez a bizonyító tény a *törvényes vélelem*. Minden közvetett bizonyító tény csak vélelem, mert csak valószinűsíti a bizonyítandó tényalap, kifogás, ellenkifogás valódiságát. Azok köréből azonban a törvényes vélelmek mint külön osztály az által kiválnak, hogy a *törvény* nekik mégis *teljes bizonyító erőt* nyujt. Azonban a törvény ezen könnyítések által a bizonyítási teher szabályain még nem változtat. Itt csak arról van szó, hogy a biró belátása szerint vagy a törvény rendeleténél fogva a közvetett bizonyító ténynek teljes bizonyító erőt tulajdonítson, de nem arról, hogy a közvetett bizonyító tényt bizonyítás nélkül is valónak vegye. Ezt tehát, ha tagadtatik, a kifejtett szabályok értelmében bizonyítani kell.[1] Különös jelenség itt csak az, hogy nem közvet-

tesen összetett bizonyítást képeznek. Hogy ez a birónak a szóban lévő példában teljes bizonyosságot nyujt, azt nem állítjuk; de nyujthat, különösen, ha fentebbiekhez még más közvetett bizonyító tények is járulnak pl. az alperes ismert pontossága a fizetések teljesítése körül vagy a felperes ismert rosszhiszeműsége stb.

[1] Példa. A hitelező kielégítési végrehajtást vezetvén adósa ingóságaira oly arany-ezüstnémüeket, drágaságokat és ruhanemüeket foglaltat le, a melyek az adós feleségének nevével vagy nevének kezdőbetüivel vannak megjelölve. A nő ezen ingók iránt igénypert indítván, a nevével való megjelölésre, mint törvényes bizonyító tényre (törvényes védelem) hivatkozik arra nézve, hogy az illető ingók tulajdonát képezik. Ha azonban az alperes tagadja, hogy azok már a *foglaláskor* meg lettek volna jelölve (a közvetett bizonyító tény tagadása): azt a felperesnek bizonyítania kell. L. V. T. 49. §. Más példák K. T. 69. §[2]; 261. §. A törvényes vélelem mindig csak egy *jogszabályon* alapszik. Midőn tehát a bíróságok e nélkül mondják ki, hogy valamely tény vélelmet képez, az a tény nem bir törvényes vélelem jellegével, hanem az csak egy oly közvetett bizonyító tény, a melynek a fentebb mondottak szerint a bíróság esetről esetre, belátása

lenül a tényalap, kifogás vagy ellenkifogás bizonyítandó, hanem egy más tény, de ez által a bizonyítási terhen változás nem történik, mint ezt sokan különösen a törvényes vélelmekre nézve állítják. A törvényes vélelmeknek egy különös faját képezik a *minősített törvényes vélelmek* annyiban, hogy ezekkel szemben az ellenbizonyítás nincs megengedve (230. l.). A törvényes vélelmektől pedig általában jól meg kell különböztetni a *magyarázó jogszabályokat*, a melyek segélyével a felek hiányos jogügyleti akarata bizonyos az életben sűrün előforduló tények alapján kiegészittetik (226. l.). E tények ugyanis nem képeznek bizonyító tényt a tényalap, kifogás, ellenkifogás valódiságára nézve, mert ez már egyébként van kiderítve, hanem azok utján csak ez utóbbiak hiányos tartalma nyer kiegészítést.[1]

Vannak azonban esetek, a melyekben a biró a bizonyítandó tényt valónak tarthatja, a nélkül, hogy teljes bizonyosságot nyerne felőle a bizonyító tényből. A határozatlan vagy közvetett bizonyító tény alapján ugyanis a biró a bizonyitandó tényt valónak tarthatja, a nélkül, hogy a törvény bizonyító erejét mesterségesen emelné, sőt kifejezetten kimondja azt, hogy habár a bizonyító tény nem is nyujt teljes bizonyosságot a bizonyítandó tény felől, a biró emezt mégis valónak veheti. Ezt azonban csak kivételesen teheti, azon esetekben, melyekben a törvény kifejezetten megengedi és a melyekben rendszerint olyan tényekről van szó, a melyek kiderítése csak abból a czélból szükséges, hogy bizonyos *perbeli*

szerint tulajdonít több kevesebb bizonyító erőt. Ezen szempont alá esik a következő határozat: «az, hogy a végrehajtásilag lefoglalt pénzösszeg oly tartályból vétetett ki, a mely az igénylő kizáólagos tulajdonát képezi, azon *jogi (?) vélelmet* állapítja meg, miszerint azon a kulcsával elzárva volt tartályból kivett pénzösszeg is az igénylő tulajdona volt» Bp. tábla 45964/87 Márkus: II. 444. l. L. még. C. 1408/83.; U. o. 444.; L. fi. 394/81. U. o. 447. l. — A vélelmek tanát tüzztesen, sőt nagyon terjengősen tárgyalja Burckhard: Die civilistischen Präsumtionen. 1866.

[1] Szokás még a törvényes vélelmek mellett *ideiglenes igazságokról* is beszélni, értvén ezek alatt azt, hogy a törvény bizonyos esetekben a bizonyítandó tényt az ellenkező bebizonyításáig valónak veszi, *a nélkül, hogy mellette törvényes vélelem volna.* Unger: i. m. II. 598. l. Terv. ind. 173. l. Ez azonban téves, mert az a mit ideiglenes igazságnak szokás nevezni vagy közönséges törvényes vélelem vagy pedig egy magyarázó jogszabály vagy végül oly szabály, a melyben a bizonyitási teher kivételes szempontok szerint van megállapitva.

*cselekvények* megengedhetők-e, nem pedig, hogy a felek közti magánjogi viszony elbiráltassék. Ezt a perjogban különösen *valószinűsítésnek* mondják.[1]

II. A biró valamely bizonyító eszközön nyilvánuló bizonyító ténynek teljes bizonyító erőt csak akkor tulajdoníthat, ha az illető eszközt a törvény alkalmasnak ismeri el arra, hogy a biró rajta a bizonyító tényt észlelhesse és ha ez utóbbi oly alakban nyilvánul, hogy a birót a bizonyítandó tény iránt teljesen meggyőzi. A törvény mindig meghatározza, hogy mely személyek és dolgok alkalmasak arra, hogy bizonyító eszközökül szolgáljanak. Jelenlegi jogunk szerint bizonyító eszközök a rendes perben: szemletárgyak, okiratok, tanuk, a fél a mennyiben beismer és a mennyiben esküt tesz. (T. 155.); a sommás perben és a Terv. szerint általában, az emlitetteken kivül a fél, a mennyiben eskü alatt kihallgattatik. (S. E. 95—100. §., Terv. 377—390. §.) A szemletárgyak, okiratok, tanuk és a beismerő fél tekintetében az egyes perjogok közt nincs eltérés; ezeket minden perjog, habár nem is kifejezetten elismeri bizonyító eszközöknek. Ujabban csak arra nézve van eltérés, hogy a perben álló fél, a beismeréstől eltekintve, minő módon szolgáljon bizonyító eszközül: a mennyiben esküt tesz vagy a mennyiben eskü alatt kihallgattatik? Ujabb jogunk és a Terv. az utóbbit fogadják el a nélkül, hogy a fél esküjét teljesen elejtenék.[2] Mindezeket a bizonyító eszközöket a törvények nem ismerik el egyenlően alkalmasoknak a bizonyításra. Igy a fél, a mennyiben esküt tesz, illetve eskü alatt kihallgattatik, csak más bizonyító eszköz hiányában

[1] Példa. A rendes perben az elkésve megnevezett bizonyító eszközt a bíróság figyelembe veszi, ha a fél valószinüsiti, hogy nem gondolhatta, mikép az ellenfél valamely állitását tagadni fogja vagy hogy nem állott módjában a bizonyító eszközt korábban használni. T. 156. §. Más példák: N. 61., 72. §§.; S. E. 27. §.[1]; Terv. 64., 426. §§. stb.

[2] Ezen, még most is nagyon vitás kérdés részletezésébe itt nem bocsátkozunk, mert az egyes bizonyító eszközöket tüzetesen ismertetni nem akarjuk. L. erre nézve hazai irodalmunkból Fodor: Magyar Igazságügy XXXIII. k. 372. s k. ll. és ugyanannak véleményét a XI. magyar jogászgyülés részére. Évkönyv. 131. s k. ll. Terv. ind. 208. s k. ll. Az eskü intézményére nézve pedig általában és a T. szempontjából Králik: Az eskü a polgári perben. Magy. Ig. X. 241. s k. ll. A régibb magyar jogra nézve nagyon tanulságos Hajnik: A perdöntő eskü és az előzetes tanubizonyítás. M. Tud. Akadémia kiadványa. Ért. a társ. tudományok köréből VI. k. XII. sz. 1881.

vagy annak kiegészítésére szolgálhat bizonyító eszközül. A többi bizonyító eszközök rendszerint egyenértékűek. Kivétel a sommás perben (S. E. 40. §.), a Terv. szerint (339. §.) pedig általában az *okiratok* tekintetében áll fenn, azok szerint a biró egyéb bizonyító eszközt kizárhat, ha azt látja, hogy a fél beszerezhető okirattal is bizonyíthat.[1]

III. A törvények azonban sokszor meghatározzák a bizonyító eszközök *kellékeit* is. Ezenfelül sokszor megállapítják a bizonyító tények bizonyító erejét is. E legutóbbi meghatározáson nyugszik a bizonyítás két különböző rendszere. Midőn a törvény meghatározza a bizonyító tény bizonyító erejét, *kötött bizonyítási rendszerről* szólunk, ellenkezőleg a bizonyítási rendszer *szabad*. A két rendszer közti különbség tehát végeredményben azon fordul meg, vajjon a törvény a bizonyító tények bizonyító erejét meghatározza-e vagy sem? De a törvény ezt önmagában véve soha sem szokta tenni. Ha a törvényhozó czélszerűnek látja egy bizonyító tény bizonyító erejét meghatározni, akkor azt ahhoz köti, hogy a bizonyító eszköz és a rajta nyilvánuló bizonyító tény a megszabott kellékekkel birjon. A bizonyító erő meghatározása tehát a bizonyító eszköz kellékeinek meghatározásával mindig együtt jár.

Valamely bizonyító eszköz kellékeit azonban a törvény oly-

[1] Az okirat által való bizonyítás a régi magyar perjog szerint is egyes esetekben kivételes előnyben részesült. Hajnik: Okirati bizonyítás a középkori magyar jogban. M. T. Ak. kiadványa. Értekezések a társ. tud. köréből VIII. 1887. Más szempontból is vannak jelenlegi jogunkban kivételek. Egyes esetekben bizonyítás csak közokirattal történhetik és nem magánokirattal is (1886 : VII. t. cz. 21. §.), de más bizonyító eszközökkel bizonyítani nem lehet. Ismét vannak esetek, midőn a bizonyítás kizárólag közokirattal történhetik, mert a jogügylet érvényéhez közokirat szükséges (1886.: VII. 22., 23. §§.), más bizonyító eszközök egészen ki vannak zárva. — Legjobban áll előtérben az okirat által való bizonyítás a *franczia jogban*, a mely szerint 150 frankot meghaladó ügyekben csak okiratokkal lehet bizonyítani, itt a tanuk általi bizonyítás ki lévén zárva. Az okirat tartalma ellen pedig tanuk által még 150 frankon alóli összegben sem lehet bizonyítani C. c. 1341. De vannak a szabály alól kivételek is. C. c. 1347., 1348. Ellenkező az *angol jog* álláspontja, a hol a tanuk által való bizonyítás igen tág körben nyer alkalmazást. Ha azonban a per körülményeiből kiderül, hogy egy tényről okirat is van, akkor az okirat tartalmára nézve csak akkor van tanuk által bizonyításnak helye, ha kimutattatik, hogy az okirat nem mutatható fel. *Best-Marquardsen:* i. m. 318. s k. ll.

kor a nélkül is meghatározza, hogy a bizonyító erőt is meghatározná, ennek meghatározását esetről esetre a bíróra bizván. Példaképen szolgálhatnak erre nézve a kereskedelmi könyvek, melyek kellékeit a törvény meghatározza, a nélkül, hogy a bizonyító erőt is véglegesen megállapítaná. (K. T. 25. és 31. §§.) Ebben az esetben a bizonyítási rendszer épúgy szabad, mintha a törvény a bizonyító eszköz kellékeit sem határozná meg. Talán nem is szükséges ezek után kiemelnünk, hogy annak meghatározása, mely bizonyító eszközöket ismer el a törvény általában: a bizonyítási rendszer kérdését nem érinti; mert azt a törvény, mint láttuk, akárminő rendszert fogad is el, mindig meghatározza.

IV. A maga helyén alkalmazva úgy a kötött mint a szabad bizonyítási rendszernek igen nagy előnyei vannak. A kötött bizonyítási rendszer nagy fokú biztonságot nyujt a feleknek, függetlenítvén őket a bíró egyéni felfogásától, sokszor önkényétől. Ha a felek előre tudják, hogy a bíró minő kellékek szemmel tartásával tartozik a bizonyítandó tényt valónak venni, a per kimenetele iránt már eleve is bizonyosak lehetnek. Ezen előnyök azonban csak olyan bizonyító eszközöknél nyilványulnak, a melyeknél már előre meg lehet határozni, hogy bizonyos kellékek mellett a bennök nyilvánuló bizonyító tény minő fokú bizonyosságot nyujt a bizonyítandó tény felől. Ott azonban, hol ez nem lehetséges, sokkal czélszerűbb a bizonyító tény bizonyító erejének mérlegelését az eset körülményei szerint a bíróra bizni. Ezen szempontok által vezérelve a modern perjogok, s ujabban a mi jogunk is, a kötött bizonyítási rendszert alkalmazzák az *okiratok* által való bizonyításnál, meghatározván azt, hogy bizonyos kellékekkel bíró okiratok teljes bizonyító erőt nyujtanak. (T. 167., 168. §§.; S. E. 73. §. Terv. 321—324. §.) Ugyanezt alkalmazzák ott, hol az eskű fenn van tartva a félre nézve, a mennyiben főesküt tesz és a mennyiben a bíró a félnek hivatalból itél más bizonyító eszköz hiányában valódiságí, becslő- vagy felfedező eskűt, mint nálunk a rendes perben, habár ezt a T. nem is mondja ki világosan. Teljes bizonyító erővel bir a félnek perbeli beismerése is, melyre azt szokás mondani, hogy bizonyítást nem igényel. (S. E. 58. §.) Teljes bizonyító erőt nyujtanak a törvényes vélelmek is. (S. E. 64. §[2]., Terv. 280. §.) Ellenben a szemle tárgyakra, a tanukra, a félnek eskű alatti kihallgatására és a közvetett bizonyító tényekre, a szabad bizonyítási rendszer nyer alkalmazást.

Mint látható következetesen sem a kötött sem a szabad bizonyítási rendszer keresztül vive nincs, habár az ujabb jogokra nézve általában azt szokás mondani, hogy a szabad bizonyítási rendszeren alapulnak s ez rendszerint törvénybe is van iktatva. (S. E. 64., 215. §§.; Terv. 277. §.)[1] Ebből, ellentétben a régibb jogokkal, csak annyi áll, hogy az ujabb törvények tágabb körben alkalmazzák a szabad bizonyítási rendszert, nevezetesen kiterjesztik azt a *tanuk* vallomásaira. S ez az eltérés, tekintve azt, hogy eleve soha sem állapítható meg biztosan, mikép egy tény észlelete a tanukra minő benyomást tett, teljesen indokolt. A többi bizonyító tényekre nézve, eltekintve a felek eskü alatti kihallgatásától, nincs eltérés. Továbbá igen czélszerű eltérés a régibb jogoktól abban is van, hogy a mennyiben valamely bizonyító tény a birót nem győzi meg teljesen a bizonyítandó tényről, belátására bizzák, hogy minő más bizonyító tények hozzájárulásával tekinti a bizonyítandó tényt teljesen bebizonyítottnak;[2] ellenben a régibb jogok az illető bizonyító tény bizonyító erejét számszerűen, *hányadokban* (fél, negyed stb.) határozták meg, s ezt kellett megfelelő hányadú bizonyító tény által teljes bizonyító erőre emelni.[3]

Miután a kötött bizonyítási rendszernél, ha a bizonyító eszköz és a bizonyító tény a törvény által előirt kellékekkel birnak, a biró bizonyító erőt tartozik tulajdonítani: az ő egyéni meggyőződése a bizonyítandó tény valódiságáról, teljesen háttérbe szorul, ama kellékek mellett a bizonyítandó tényt még akkor is valónak tartozván venni, ha erről nem is volna meggyőződve, vagy ha épen az ellenkezőről győződött meg volna. Ezért nevezik a kötött bizonyító rendszert *alakinak* is, ellentétben a szabad bizonyítással, melyet *anyaginak* neveznek, s hol a biró egyéni meggyőződése a bizonyítandó tény felől teljesen érvényesül. Ez kiváló előnyökkel jár a tanuk és szemletárgyak által való bizonyításnál, hol a bizonyító tény bizonyító erejét előre nem lehet pontosan meghatározni és különösen a közvetett bizonyításnál. De ott, hol ez a meghatározás lehetséges, miként az okiratoknál, s a feleknél, a mennyiben más

[1] Német perrend 259. §.; osztrák perrend 272. §.

[2] Pl. K. T. 31. §. szerint a kereskedelmi könyv rendszerint *nem teljes* bizonyítékot nyujt.

[3] T. 236. §-a, mely most már hatályon kivül van helyezve, *fél* bizonyíték kiegészitéséről rendelkezik. A régi magyar jogra nézve l. Hajnik: a perdöntő eskü stb. 46. s k. ll.

bizonyító eszköz hiányában esküt tesznek, illetve eskű alatt vallanak: az a hátrány, hogy a biró egyes esetekben valónak tartozik egy tényt elfogadni, a melynek valótlanságáról meg van győződve, nem oly nagy, mint az az előny, a melyet a perek biztos eldöntése nyujt. Különösen, ha ehez hozzávesszük azt, hogy a polgári perben nem is az a főczél, hogy a biró az u. n. *anyagi igazságot* derítse ki, mint ezt általában hirdetni szokás. A polgári perben a birónak első sorban a felek előadásaihoz kell alkalmazkodnia, a mi utjában áll annak, hogy az anyagi igazságot minden esetben kideríthesse.

V. A bizonyító tények megfigyelése és azokból a következtetés a bizonyítandó tényekre a per czéljánál fogva kizárólag a biró feladata. Hogy azonban ez a birói ténykedés minél alaposabb legyen, a törvények a körül a feleknek is engednek kisebb nagyobb befolyást. Igy mindenekelőtt a tanuk által való bizonyításnál, illetve a felek kihallgatásánál eskü alatt a törvény megengedi, hogy kérdéseket a fél is indítványozhasson, sőt a bíróság engedélye alapján közvetlenül is intézhessen kérdéseket (S. E. 89. 98. §§.; Terv. 315., 384. §§.). A rendes perben pedig a kiküldött biró a tanukat első sorban a felek által előterjesztett kérdő és ellenkérdő pontokra nézve hallgatja ki (T. 194., 199., 203. §§.); nincs azonban kizárva, hogy a bíróság hivatalból is intézzen a tanukhoz kérdéseket (N. 17. §.). Továbbá a törvény megengedi, hogy a felek a bírót figyelmeztessék, minő következtetés vonandó a bizonyító tényekről a bizonyítandó tényekre. Ez az u. n. *észrevételezés* a bizonyítás eredménye fölött (T. 210., 220. §§.; S. E. 72. §.; Terv. 294. §.). Ez a bíróra nézve sok esetben igen hasznos útmutatás, a nélkül azonban, hogy őt a legkisebb mértékben is kötné.

A biró a bizonyító tényből vagy arra következtet, hogy a bizonyítandó tény való, vagy hogy valószinű, vagy pedig, hogy valótlan, avagy végül semmiféle eredményre sem jut. Valónak fogja venni teljes, valószinűnek nem teljes bizonyítás esetében. A valószinűség rendszerint kiegészítendő, kivételesen azonban a biró megelégedhetik vele. Valótlannak fogja venni a bizonyítandó tényt, ha a bizonyító fél által felhozott bizonyító eszközből tünik ki annak valótlansága. A bizonyító félnek bizonyító eszköze tehát nemcsak mellette, de ellene, tehát a másik fél javára is bizonyít. Ennél fogva a bizonyítás eredménye a felek közt *közös*, s azt a biró az

egyik vagy másik fél mellett hivatalból tartozik felhasználni, mint ezt a Terv. 281. §.[2] ki is mondja. Végül *be nem bizonyítottnak* fogja venni, ha a főbizonyítás nem sikerül vagy pedig az ellenfél sikeres ellenbizonyítással él. Egyike a legnehezebb kérdéseknek, melyet a birónak a szabad bizonyítási rendszer szabályai szerint kell megoldani, hogy az ellenbizonyítás mikor sikerült; különösen akkor nagy a nehézség, midőn az ellenfél nem a főbizonyítás bizonyító eszközeinek alkalmatlanságát a bizonyításra, hanem a bizonyítandó tény valótlanságát törekszik kimutatni. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy az a körülmény, hogy a bizonyítási eljárás folyamán a bizonyítandó tényt bebizonyítani nem sikerült vagy épen annak valótlansága lett bebizonyítva: a per kimenetele szempontjából teljesen közömbös. Az itélet rendelkezése ugyanis mind a két esetben ugyanazon tartalmú és a jogerő következményei is azonosak.[1]

[1] Sokat vitatott kérdés, vajjon a biró a bizonyítandó tényt, ha a főbizonyítás nem sikerül, illetve az elleubizonyítás sikerül, valótlannak vagy be nem bizonyítottnak (non liquet) vegye-e? V. ö. különösen Bähr, Ihering-féle Jahrb. für Dogmatik XXV. 394. s k. ll. Reinhold, a Z. f. deut. Civilpr. XX. 130. s k. ll. A meg- különböztetésnek, mint láttuk, nincs gyakorlati jelentősége.

## ÖTÖDIK FEJEZET.

# AZ ITÉLET.

### 43. §. Az itélet fogalma.

I. Lehetetlen az itélet fogalmát meghatározni azoknak a logikai műveleteknek felderítése nélkül, a melyek szerint az itélet keletkezik. A perben mindig arról van szó, hogy multban történt tények alapján meghatároztatik, hogy bizonyos jövő cselekvényekre nézve minő szabály alkalmazandó. Ehez képest az egész per két fő logikai műveletre oszlik. Az egyik szerint kideríttetnek a multban megtörtént tények, a mi a bizonyításnak már ismeretes szabályai szerint olykép történik, hogy a biró a bizonyító eszközökön észlelt tényekből, mint okozatokból következtet ama tényekre mint okokra, a melyek alapján a meghatározásnak történnie kell. A másik, hogy eme kiderített tények alapján meghatároztatik, hogy a jövőre minő cselekvési szabály alkalmaztassék, a mi ismét úgy történik, hogy a biró a kiderített tényeket a megfelelő jogszabály alá foglalja. Röviden mondva, az egyik következtetés a jelenről a multra, a másik a multból a jövőre való következtetés. Az utóbbi, mint érintettük is, a pernek a végczélja, az előbbi csak egy segédművelet ennek az elérésére. Az itélet a pernek ezen végczélját képző következtetés természetesen a feleket kötelező következtetés.

Ennek alapján meghatározhatjuk az itélet fogalmát is. *Az itélet a birónak az állam nevében vont, a feleket kötelező következtetése, tehát parancsa, a melylyel egy bizonyos multban keletkezett magánjogi viszony alapján,* vagy épen az alapon, hogy ilyen jogviszony nem jött létre, *a felek cselekvését a jövőre nézve jogérvényesen meghatározza.* Jól tudjuk, hogy ezen általános fogalommeghatározás, épen általánosságánál fogva, nem nyujt tüzetes felvilá-

gosítást az itélet minden sajátságára nézve, miért is annak részletes elemzésébe kell bocsátkoznunk. Első sorban pedig azt kell megvilágítanunk, hogy mire terjed ki az itéletben foglalt meghatározás.

II. Ez többféle, a szerint a mint a kereseti kérelem más-másra irányult s a mint a biró e kérelemnek helyt adott vagy sem. Ha a kereset elmarasztalásra irányul s a biró annak helyt ad, az itélet meghatározása: *elmarasztalás,* a mely az alperest annak teljesítésére kötelezi, a mivel a felperesnek egy magánjogi viszony alapján tartozik. De kötelezi ezen felül mind a kettőt arra is ugyanazt ujabb per tárgyává nem tenni. Ha a kereset megállapításra irányul s a biró annak helyt ad, az itélet meghatározása: *megállapítás,* azaz, hogy valamely magán jogviszony létezik vagy nem létezik. E megállapítás az alperest abban az értelemben kötelezi, hogy ő az illető megállapítással ellentétes perbeli vagy végrehajtási cselekvényeket nem végezhet. Ha pedig a biró a felperesnek akár elmarasztalásra, akár megállapításra irányuló keresetét nem teljesíti, az itélet meghatározása: *elutasítás,* a mely a felperest oly értelemben kötelezi, hogy ő az alperessel szemben ujabb elmarasztalást, illetve megállapítást ugyanazon jogviszony alapján nem kérhet. Ezen megkülönböztetések szerint az itéletet *marasztaló, megállapító* és *elutasító itéletnek* mondjuk.[1]

Az elmarasztaló és megállapító itéletekben a biró egy jogszabályban foglalt parancsnak szerez érvényt egy adott esetre nézve. Minden jogszabály egy jövőre kibocsátott cselekvési parancs, a mely elrendeli, hogy bizonyos a jövőben bekövetkezhető tények alapján az egyeseknek minő magatartást kell követniök. A biró a perben kideríti, hogy azok a tények megtörténtek s ezekre a törvény parancsát alkalmazza. E szerint a jogszabály és az elmarasztaló vagy megállapító itélet abban megegyeznek, hogy mind a kettő *parancsot* tartalmaz, a különbség köztük csak az, hogy a

[1] Rendszerint az itéletnek csak két faját szokás megkülönböztetni, az *elmarasztaló* és *elutasító itéletet,* a megállapító itéletet az elmarasztaló itélet alá foglalván. Savigny: System VI. 301. l.; Wetzel: i. m. 552. l.; Unger: i. m. II. 606. E kettős megkülönböztetésnek az szolgál alapul, hogy az itélet vagy a felperes vagy pedig az alperes javára szól, s ebből a szempontból az mindenesetre helyes. De ha az itéletben rejlő parancs tartalmát tekintjük, akkor csak a hármas felosztás fogadható el, mert tartalmilag az elmarasztaló és megállapító itéletek lényegesen különböznek egymástól, habár mind a kettő a felperes javára szolgál.

törvény a parancsot egy jövő, ellenben az itélet egy megtörtént esetre tartalmazza. Tulajdonképen a jogszabály is itélet, csakhogy egy jövő esetre megalkotott itélet, melynek alapján a biró meghozza itéletét az adott esetre nézve. Valamint a jogszabályban, épúgy a biró itéletében foglalt parancsnak két módon szerezhető érvény. Az egyik, hogy az a fél, a kihez a parancs szól, kényszerrel szoríttatik a megfelelő cselekvésre; a másik, hogy azzal a cselekvéssel, melyet a parancs előír, ellenkező cselekvésnek semmiféle jogi hatály nem tulajdoníttatik. Hogy melyik utat válaszsza a biró, az mindig a czéltól függ, melyet az adott esetben elérni akar. Ha a czél az, hogy valamely fél a jövőben valamit tegyen, ne tegyen vagy tűrjön, a kijelentésnek csak úgy szerezhető érvény, hogy a fél kényszeríttetik tenni, nem tenni vagy tűrni. Ha ellenben a czél csak az, hogy a fél valamely cselekvényének semmiféle jogi hatása ne legyen, fölösleges volna kényszert alkalmazni, hogy az a cselekvény létre ne jőjjön, a czél teljesen van elérve az által, ha kimondatik, hogy a jogi hatás be nem áll, habár az ezt czélzó cselekvényt a fél végbe is viszi. Az előbbi utat követi az állam az elmarasztaló, az utóbbit a megállapító itéleteknél. Ezt a különbséget úgy szoktuk kifejezni, hogy az elmarasztaló itélet *végrehajtható*, ellenben a megállapító itéletek *nem hajthatók végre*. A végrehajtás a kényszer kifejtése a kötelezettel szemben arra az esetre, ha önként nem teljesítene. De ez csak az elmarasztaló itéleteknél fordulhat elő, a megállapító itéleteknél nem, mert itt az a kijelentés, hogy egy bizonyos jogviszony fennáll vagy nem áll fenn, már önmagában kizárja annak lehetőségét, hogy a fél olyan cselekvényt vigyen végbe, melynek a kijelentéssel ellenkező jogi hatása lehetne, s így nincs is ok, hogy a félre kényszer gyakoroltassék. Talán nem is volna szükséges különösen kiemelni, hogy az elmarasztaló itélet nem mindig hajtatik végre kényszer utján; a végrehajtás csak az itélet mögött rejlő lehetőség arra az esetre, ha a kötelezett önként nem teljesítene, hogy továbbá a végrehajtással való fenyegetés nem tartozik az elmarasztaló itélet fogalmához, habár abba rendszerint felvétetik és hogy végül a megállapító itéletnél sem szükséges az, hogy a megállapítással ellenkező cselekvény hatálytalannak nyilváníttassék, ez a megállapításból már amúgy is önként foly. Közelebbről pedig azt, hogy mikor hoz a biró elmarasztaló és mikor megállapító itéletet, az elmarasztalás és megállapítás iránt indított keresetekre vonatkozó fejtegetésünk

szerint (l. 26., 27. §§.) kell elbirálni. Mikor a biró az egyiknek, illetve a másiknak helyt ad, az itélet elmarasztaló, illetve megállapító.

Az elmarasztaló és megállapító itéletektől különbözik az *elutasító itélet*, azoknak ellentétét képezvén. Abban a biró kimondja azt, hogy a törvénynek parancsa nem alkalmazható az alperessel szemben, mert az a tény, melyhez a parancs fűzve van, nincs meg. Azonban az elutasító itélet is *parancs*; csakhogy nem az alpereshez, hanem kizárólag a felpereshez szól, a ki ellen nem arra irányul, hogy valamit az alperes részére teljesítsen, hanem arra, hogy az alperes ellen indított ujabb keresete nem fog sikerre vezetni.

Az elmarasztaló, a megállapító és elutasító itéleteknek van egy közös tulajdonságuk: hogy mindegyikben rejlik *megállapítás*; azaz egy olyan birói kijelentés, a mely szerint az itélet rendelkezésével ellentétes perbeli, illetve végrehajtási cselekvény nem végezhető. E szerint a marasztaló itélet is egyúttal tevőlegesen megállapító, mert egy elmarasztaló itélet után akármelyik fél részéről ugyanarra nézve indított per, mint ezt a következő §§-ban kifejtjük, mindig elutasításra vezet és egyúttal præiudiciumát képezheti egy más perben való döntésnek, úgy, hogy az ellen az alperesnek tagadással sem lehet élnie. Az elmarasztaló és a tevőlegesen megállapító itélet közt tehát nem az a különbség, hogy előbbi csak elmarasztalás volna megállapítás nélkül. Céljánál fogva az előbbi mindig arra irányul, hogy az alperes a felperes javára valamit tegyen, tűrjön, vagy ne tegyen; de azért ebben mindig annak a kijelentése is foglaltatik, hogy az elmarasztalással ellentétes ujabb perbeli cselekvényeknek nem lesz sikere. Ellenben a tevőlegesen megállapító itélet czéljánál fogva is csak erre irányul, midőn a felek sajátszerű viszonyainál fogva a marasztalás a felperes javára még nem lehetséges vagy nem szükséges. Hogy az elutasító itélet is megállapító, még pedig nemlegesen megállapító, az a fentebb adott meghatározásból könnyen megérthető.

III. Az itélet legyen az akár marasztalás, akár megállapítás, akár elutasítás, mindig birói *parancs*. Ennek tekintendő mind a három annál az oknál fogva, mert azt a felet, a kihez szól, kötelezi, ez tartozván cselekvésében ahoz alkalmazkodni. Minden kijelentés pedig, a mely cselekvésünk kötelező szabályát képezi, reánk nézve parancs, csak akkor nem az, ha reánk nézve nem kötelező. Az itéletben foglalt parancs majd ismétlése a jogszabályban foglalt

parancsnak, majd pedig egy eredetien kibocsátott parancs. Ha a biró marasztal vagy megállapít, akkor csak ismétli azt a parancsot, a melyet már a jogszabály is tartalmaz; ha a biró elutasít, egy a jogszabályban nem foglalt parancsot bocsát ki, mert épen azért utasít el, minthogy nincs jogszabály, mely egy feltételes esetre szóló parancsot tartalmazna. Hogy azonban az előbbi esetekben az itélet csak ismétlése egy más közeg, a törvényhozó által kibocsátott parancsnak, ez azt a parancs jellegétől nem fosztja meg, mert az adott esetben az itélet épen a biró hatalma alapján kötelez, még akkor is, ha az itélet és a törvény parancsa közt eltérés van.

Az itéletben foglalt parancs, a mennyiben az itélet marasztaló vagy megállapító mind a két félhez szól, a mennyiben elutasító csak a felpereshez, s ennyiben van közöttük lényeges különbség. Az elmarasztaló és megállapító itélet kötelezi egyrészt az alperest teljesíteni, másrészt pedig a felperest ugyanazt ismételt per tárgyává nem tenni. Az elutasító itélet csak a felpereshez szóló parancsot tartalmaz ugyanazt per tárgyává nem tenni. Az itélet, a benne rejlő parancs folytán egy *kötelmi viszonyt* létesít, a mely kötelem egy *közjogi viszony* a felek és az állam közt, s lényegesen különbözik a felek közt fennálló magánjogi kötelemtől, sőt e nélkül is létre jön, mint ez épen az elutasító itéletnél egészen nyilvánvaló. A feleknek közjogi lekötelezése az itéletben az állammal szemben teljesen megfelel a per jogi természetének s annak a czélnak, a melyet az állam a per által elérni akar. Hogy a felek cselekvése egy jogviszony tekintetében meghatározható legyen, az állam a feleket a perben bizonyos cselekvények véghezvitelére kötelezi. E kötelezettség azonban csak az itéletig tart, mert ezzel a czél, melyből a lekötelezés történt, el van érve. Az itélet véglegesen szabályozza a felek cselekvését a magánjogi viszonyra nézve, mert a közérdek kívánja, hogy az itélet meghatározásától többé eltérésnek helye ne legyen. Az állam ennélfogva nem engedi a pert újból folyamatba tenni s az elmarasztaló itéletnél az alperest, ha kell, végrehajtás útján is szorítja a teljesítésre. Ezen jelenségek csak azon kötelezési viszonyból magyarázhatók ki, a melyet az itélet a felek terhére az állammal szemben létesít.

IV. A magánjogi viszony, a melyre nézve a marasztaló, megállapító vagy elutasító itélet a felek cselekvését meghatározza, nem szükségképen egy a peresfelek közti jogviszony, hanem lehet a felvagy alperes és egy harmadik személy közötti jogviszony is. Az

elmarasztaló itélet ugyan szükségképen egy a fel- és az alperes közötti magánjogi viszonyra vonatkozik, a mi annak tartalmából könnyen megérthető. Az elmarasztaló itélet arra kötelezi az alperest, hogy a felperes javára valamit tegyen, tűrjön, ne tegyen. De ilyesmire az alperes csak egy közte és a felperes közt fennálló magánjogi viszony alapján kötelezhető. A megállapító itélet azonban nem vonatkozik szükségképen egy a peresfelek közötti jogviszonyra, hanem meghatározhat egy oly jogviszonyt is, a mely a felperes és egy harmadik közt áll fenn, midőn, egész általánosságban mondva, az alperes a harmadik azon vagyonából, melyre a felperes jogosítványa irányul, az utóbbi kárára csőd vagy végrehajtás útján magát kielégíttetni akarja vagy pedig egy jogviszony nem létezését az alperes és harmadik személy közt mondja ki, miután ez biztosítja, hogy a felperes magát ezen harmadik vagyonából az alperes kizárásával végrehajtás útján kielégíthesse. A részletek tekintetében utalnunk kell a megállapítási keresetnél alatt mondottakra.

V. Miután az itélet a felek cselekvését a jogviszonyra nézve véglegesen és kötelezően meghatározza, a törvény parancsa gyanánt a felek közt mindig az érvényesül, a mit az itélet kimond. Hasonlattal élve, azt mondhatjuk, hogy az itélet az élő, a gyakorlatban érvényesülő törvény. Ebből a tételből azt a következményt vonjuk le, hogy midőn az elmarasztaló vagy megállapító itélet egy magánjogi viszony iránt határozza meg a felek cselekvését, nem *létesít egy új jogviszonyt.* Az itélet mindig csak egy már korábban keletkezett jogviszonyra nézve határozza meg a felek cselekvését; épen az illető esetre kimondván azt, mi a törvény parancsa. Az itélet *nem szüntet meg jogviszonyt,* midőn nemlegesen megállapító, azaz midőn kimondja azt, hogy egy bizonyos jogviszony nem létezik vagy midőn elutasító, a felperes keresetének elmarasztalás vagy positiv megállapítás iránt helyt nem adván.[1]

[1] Ezt úgy értjük, hogy az itélet soha sem oly tény, a melynek alapján úgy, mint a törvény által jogosítványok létesítésére alkalmasaknak elismert tények alapján, jogosítványok keletkeznének, módosúlnának vagy megszünnének. Ennek folytán az itélet sem nem oly tény, a melynek alapján a perbe vont jogviszony megszüntetésével a felek közt új jogviszony keletkeznék (novatio); sem olyan, hogy annak alapján a felek közt ujonan, egy más jogviszony megszüntetése nélkül, keletkeznék egy jogviszony, mert a per a mai jogok szerint egyáltalában nincs arra ren-

Daczára azonban annak, hogy az itélet sem jogviszonyt létesítő, sem pedig megszüntető erővel nem bir, mert csak annak kijelentésére szorítkozik, hogy egy jogviszony a multban keletkezett-e vagy sem: mégis az itélet azon természeténél fogva, hogy meghatározása a feleket véglegesen kötelezi, teremthet egy olyan helyzetet, mintha egy jogviszony léteznék vagy nem léteznék, habár tényleg az egyik vagy másik a valóságnak nem felel meg. Például a biró marasztalja az alperest, pedig ő a felperesnek semmivel sem tartozik, vagy a biró elutasitja a felperest, noha az alperes tartozik. Igaz, hogy az ilyesmi az igazságszolgáltatás tökéletlenségére vall, a melyet azonban teljesen kiküszöbölni soha sem lehet. Annál tökéletesebb az igazságszolgáltatás, minél ritkábban fordul elő ilyen eltérés s minél inkább fedi az itéletek meghatározása a törvények rendelkezését. Tényleg azonban az itélet ilyen eltérés esetében sem létesít vagy szüntet meg jogviszonyt. Hogy a felek az itélethez, mely a törvénytől eltérően határozza meg a felek cselekvését, alkalmazkodni tartoznak, az nem onnan van, mintha az itélet jogviszonyt létesítene vagy megszüntetne, hanem azért, mert az itélet lekötelezi a felet az állammal szemben, a mi a másik félnek is a javára válik. Igy, midőn az itélet marasztalja az alperest a fizetésben, az alperes tartozik fizetni a felperesnek, mert az állam parancsolja, de nem azért, mintha a törvény alapján a felperesnek is le volna kötelezve. Midőn a felperes ezen itélet alapján végrehajtást kér, annak nem azért lesz sikere, mintha joga volna, hanem

delve, hogy az abban hozandó itélet egy a felek közt ujonnan létesítendő jogviszony keletkezési alapját képezze, miként ez régen a színleges pereknél (l. a 3. §-t) előfordult. Az itélet tehát nem új jogviszonyt constitualó tény; azaz nem létezik *constitutiv itélet*, mint ezt sokan, többi közt Regelsberger: Pandekten I. 699. l. (ugyanott l. az irodalmat is), nálunk Zlinszky: Magyar magánjog 182. l. 1. jegy. állítják. Még az osztály perekben hozott itélet, a mely a feleknek részesedési arányát meghatározza, sem ilyen. Mert ez az itélet is csak más jogszerző tények alapján mondja ki az arányt. Abból a szempontból sincs constitutív itélet, hogy ennek erejénél fogva egy bizonyos jogviszony megszünnék. Mert, ha a biró egy jogviszony felbontása iránt indított perben a jogviszony felbontását kimondja: a megszünésnek előidéző oka nem az itélet, hanem más tények; még akkor is, midőn a törvény egyenesen a bíró belátására bizza azt eldönteni, hogy egy bizonyos tény elegendő ok-e a jogviszony megszüntetésére, mint ezt pl. a K. T. 100. §-a a közkereseti társaság felbontására nézve kimondja.

mert az itélet parancsának reflex hatása az ő javára is válik. Az itéletben nyilvánuló s a törvénytől eltérő jogfelfogás azonban vezethet folytonos gyakorlat útján jogszabályok képződéséhez és ezek alapján a felek közt jogviszonyok keletkezéséhez. Mindezen okoknál fogva az itéletekben nyilvánuló jogfelfogás, habár az a tételes jogtól eltér, gyakorlatilag rendkivül fontos, mert tényleg mindig az érvényesül az életben s mert új jogképződés alapját képezi.[1] Mindezekből kitünik, hogy az itélet kötelező ereje kizárólag a benne rejlő állami parancson alapszik, nem pedig azon, hogy az itélet parancsa megfelel azoknak a tényeknek, a melyekhez a törvény parancsa füzve van. Nagyon kivánatos ugyan, s ez mintegy az eszményi állapot, hogy azok a tények valósággal megtörténtek, illetve ne történtek meg legyen, a melyek létére, illetve nem létére való tekintettel a biró itéletét meghozta. De, ha a biró feltevése helytelen, nem mondhatjuk, hogy ama tények mégis létezőknek, illetve nem létezőknek tekintendők. Ilyen képzelemre, midőn nem az képezi az itélet kötelező alapját, hogy a valódiságnak megfeleljen, hanem egyedül az állami tekintély: nincs semmi szükség.[2]

VI. Az itélet rendszerint a pert *befejező* cselekvény is. De ez, mióta meg van engedve, hogy a bíróság a követelés egy része fölött is itélhessen — *részitélet* — és bizonyos követeléseknél előbb a követelés fennállása s csak azután mennyisége iránt dönthessen, *közbenszóló itélet*, nem áll minden esetben. Ekkor a biró a jogviszonynak csak egy részét vagy a jogviszonyt egy bizonyos szempontból dönti el véglegesen, de itélete az egész pert nem fejezi be. A rész- és közbenszóló itéleteket sommás perekben a mi jogunk is ismeri (S. E. 103—105. §.), a Terv. (398—400. §.) pedig azokat általában, minden bíróság előtti eljárásban elfogadja.[3]

[1] E kérdést igen találóan és alaposan kifejti Schwarz G.: Jog és döntvényjog. Jogtud. Közlöny 1890. évf. 169. s k. ll.

[2] Ez a tételünk Savigny ellen irányúl, mert ő állította fel azt a sokak által követett szabályt, hogy az *itélet jogereje az igazság fictioja.* Szerinte ugyanis ezen alapszik az, hogy az itélet minden a jövőben való megtámadás és megerőtlenítés ellen védve van. System. VI. 261. Különben már Savigny előtt is tanították, hogy az itélet «*formai igazság*». Sőt az alapgondolat már a római forrásokban is feltalálható, a hol az mondatik: *res iudicta pro veritate accipitur.* l. 25. D. I. 5.; l. 207. D. 50. 17.

[3] Ismeri a német perr. 273—276. §.; osztrák perr. 391—393. §. is.

A rendes perben, miután itt a birói pervezető tevékenység nem oly hatályos mint a sommás eljárásban és a Terv. szerint — az első fokú bíróság előtt soha sincs helye rész- vagy közbenszóló itéletnek, a felebbezési bíróságok előtt azonban van helyük, midőn ezek az első fokú bíróság itéletét részben feloldják, másik részét pedig érdemlegesen bírálják felül (T. 108. §.). Megjegyzendő, hogy a közbenszóló itélet mindig csak tevőlegesen megállapító itélet, a mely a későbbi marasztalás præiudiciumát képezi.

VII. Az itélet a fogalom meghatározása szerint a bíróságnak a felekhez szóló parancsa lévén, lényegét a bíróság az a kijelentése képezi, a mely ezt a parancsot tartalmazza. Az ujabb törvények azonban még azt is elrendelik, hogy a bíróság parancsát indokolja is. E szerint minden birói itélet két alkatrészből áll: az egyik a parancs, a melyet különösen *rendelkezés*nek, rendelkező résznek szokás nevezni, a másik az indokolás. Az, hogy minden itélet *indokolandó*, a mi perjogunknak már régibb idő óta fennálló szabálya. Kimondja már az 1836 : XVI. t.-cz. fentartja a T. 247. §-a s a S. E. 121. §. 5. és a Terv. 413. §. 5. is. Az itélet indokolása azonos jellegü más határozatok indokolásával, az nem lévén egyéb mint felderítése annak a kettős következtetésnek, melyekről a 38. l. és e §. elején szólottunk. E szerint az indokolásnak ki kell terjednie arra, hogy a biró a perbeli tényeket miért tekinti valóknak, ténybeli indokolás, másrészt pedig, hogy miért foglalta ama tényeket bizonyos jogszabály alá, jogbeli indokolás. Az ujabb perjogok a szabad bizonyítási rendszer és a szóbeliség alkalmazása folytán a ténybeli indokolásra kiváló sulyt helyeznek. Nehogy a biró azon nagyobb fokú pervezető hatalmával, a melylyel a szabad bizonyítási rendszer mellett bir, visszaéljen, indokolni tartozik, hogy miért tart valamely tényt valónak, miért tart valamely bizonyító tényt elégtelennek és miért mellőzött valamely bizonyító eszközt. (S. E. 64. §. Terv. 277. §.) A szóbeliség egyik biztosítékának pedig tekintik azt, miről már szólottunk, hogy a biró a tényeket, melyeket valóknak ismert, az itéletben elmondja. Ez az u. n. *tényállás*, a mely az itélet indokolásának képezi a részét, habár a Terv. 413. §. 6. a és ut. bekezdése azt, az itéletnek az indokolástól különböző s attól külsőleg is elkülönítendő része gyanánt sorolja fel.[1]

[1] Felfogásunk az itéletről különösen két pontban tér el a leginkább elterjedt nézetektől. Az egyik az, hogy a főleg Németországban elterjedt

Hogy az itéletben foglalt parancsnak a felekkel szemben hatálya legyen, ahhoz mindenesetre szükséges, hogy az a felekkel közöltessék. E közlés vagy kihirdetésből vagy esetleg ezt pótlólag kézbesítésből áll, miként a sommás perben (S. E. 118. §.; Terv. 410. §.), avagy pedig áll mind a kettőből együttvéve, miként nálunk a rendes perben. (Ü. Sz. 190. §.; T. 259. §.) Végül az itélet emlékezetben tartása czéljából, szükséges annak *irásba* foglalása, a melynek alakszerüségeit az ujabb törvények tüzetesen meghatározzák. (S. E. 121. §.; Terv. 413. §.)

nézet szerint az itélet *nem parancs*, hanem csak *megállapitás* vagy *kijelentés*, melyben a biróság kinyilatkoztatja, vajjon a jogszabály a fenforgó esetre illik-e vagy sem, de a maga részéről nem parancsol semmit. Seuffert: Grünhut-féle Z. XII. 626. s k. l.; Wach: Feststellungsklage 34. l.; Hellmann: Jahrb. f. Dogmatik des heutigen Römischen Rechts XXXI. 98. l.; különösen pedig Degenkolb: i. m. 80. s k. ll., a ki szerint az itélet azért nem parancs, mert benne az állam nem saját jogát határozza meg, hanem egy harmadikét, az állam csak akkor parancsol, midőn a saját maga javára megállapított jogáról van szó. 88. l. Ezt a felfogást azonban az itéletnek általában elismert kötelező voltával összeegyeztetni lehetetlen. Ha az itélet a feleket kötelezi, az nem lehet más, mint egy hozzájuk szóló birói parancs. — Velünk megegyezőleg az itéletet parancsnak tekinti Laband is. i. m. II. 335. l. Unger szerint pedig i. m. II. 640. l. minden itéletben kettős mozzanat van: kijelentés és parancs. Az előbbi abból áll, hogy a biró következtetés útján megállapítja, vajjon a jogviszony fenáll e vagy sem, az utóbbi a következtetéshez fűzött rendelkezés. Igaz, hogy minden birói itéletben rejlő parancs, mint e § elején kifejtettük, következtetés eredménye, de az csak egy szükségképi segédtevékenység, önmagában jelentősége nincs, hanem teljesen beleolvad az itélet parancsába. Mi ez okból külön nem is emeljük ki. — A másik eltérés az, hogy általában azt tanítják, hogy az itélet a feleket egymással szemben kötelezi, nem pedig az állammal szemben. E szerint az itélet, s ezt különösen az elmarasztaló itéletre értik, a felek közt egy *magánjogi viszonyt* étesít, némelyek szerint a perbe vont magánjogi jogviszony teljes megszüntetésével — *újitás* (novatio) — mások szerint pedig járulékosan, úgy, hogy az itéleten alapuló kötelem mellett a régi is fenmarad. L. Windscheid: i. m. I. 418. s k. ll., különösen pedig Unger: i. m. II. 676. s k. ll. Ezeket a téves nézeteket mi annak tulajdonítjuk, hogy az itélet fogalmának és hatásainak vizsgálatánál az itélet közjogi természetét figyelmen kívül szokás hagyni. Innen van az is, hogy az itélet hatásait, melyekről a következő §§-ban szólunk, túlnyomólag a magánjog körében szokás tárgyalni.

## 44. §. A jogerős itélet és hatásai.

I. Ezen §-ban több oly pont bővebb kifejtésére térünk át, a melyek az itéletről adott fogalommeghatározásunknak folyományait képezik. Az itéletek hatásait tekintve, különbség van az elmarasztaló, megállapító és elutasító itéletek közt. Az elmarasztaló itélet egyrészt parancs az alpereshez a felperes javára valamit tenni, tűrni, vagy abbahagyni, másrészt parancs úgy a fel- mint az alpereshez ugyanazt ujabb per tárgyává nem tenni; a megállapító itélet egyfelől parancs az alpereshez a megállapítással ellentétes perbeli, illetve végrehajtási cselekvénytől tartózkodni, másrészt a felpereshez pert ugyanarra nézve nem indítani; végül az elutasító itélet csak a felpereshez szóló parancs, azt, a mire nézve elutasittatott, ujabb per tárgyává nem tenni. E szerint minden itéletnek tartalma egy a parancs az illető féllel szemben az állam birói tevékenységét ugyanarra nézve ujabban igénybe nem venni, az elmarasztaló itéleté ezenfelül parancs az alpereshez, a felperes javára valamit tenni, tűrni, abbahagyni. Ha az alperes annak a parancsnak, hogy a felperes javára valamit tegyen, tűrjön, abbahagyjon, önként eleget nem tesz, az állam őt a felperes kérelmére kényszeríteni fogja a parancsnak eleget tenni. Ezt úgy fejezzük ki, hogy az elmarasztaló itélet *végrehajtható*. Ha pedig a fél általában a hozzá szóló parancs ellenére az állam birói vagy végrehajtó tevékenységét ujabban igénybe veszi, őt az állam kérelmével el fogja utasítani. Ezekhez a hatásokhoz az elmarasztaló és a tevőlegesen megállapító itéleteknél még egy harmadik is járul, a melyet azonban rendszerint nem szokás figyelembe venni, az, hogy az alperes azt, a mi az elmarasztalás, illetve megállapítás folyományát képezi, egy ujabb perben, a melyet a felperes indít, joghatályosan nem tagadhatja. Általában tehát egy jövendő kérelemmel való *elutasítás*, bizonyos esetekben egy ujabbi perben a *tagadás* kizárása s ezenfelül az elmarasztaló itéletnél *a végrehajtás*, azok a hatások, a melyeket az itélet előidéz.

Ezeket a hatásokat, melyeket alább tüzetesen fogunk tárgyalni, az itélet szabályként csak akkor idézi elő, ha az, bizonyos, rendszerint igénybe vehető perorvoslatokkal többé meg nem támadható; azaz midőn ki van zárva annak a lehetősége, hogy a felek az alsóbb biró által hozott itéletet egy magasabb biró által

felülbiráltassák. Az ezen a módon többé meg nem támadható itéletet *jogerős itéletnek* mondjuk. Tehát csak a jogerős elmarasztaló itélet hajtható végre az alperes ellen s általában csak a jogerős itélettel szemben van kizárva az, hogy a fél ujabb per, illetve végrehajtás iránt terjesszen elő kérelmet és hogy a marasztalás, illetve megállapítás folyományát egy ujabb perben tagadja.[1]

II. Az állam az elmarasztaló itéletet az alperes ellen nem hajtja végre hivatalból, hanem mindig csak a felperesnek valamely alakban, mely az egyes törvényhozások szerint igen különböző, kifejezett kérelme folytán. Ez szüli azt a látszatot, mintha az alperest elmarasztaló itélet a felperes javára magánjogilag kötelezné, részére egy ujabb magánjogi jogosítványt létesítene. E felfogás már a római jogban is el van terjedve, a hol az itéletet a felek közt egy új kötelmet létesítő ténynek tekintették.[2] Valósággal azonban az

[1] Rendszerint különbséget tesznek az *alaki* és *anyagi jogerő* közt. Az előbbi alatt értik, hogy az itélet perorvoslattal nem támadható meg, az utóbbi alatt, hogy végrehajtható és hogy egy újabb perben a felperes elutasítására vezet. Unger: i. m. II. 602. l. Tervezet indokolása 226. ll. Tényleg azonban a jogerő csak egyféle, hogy az itélet perorvoslattal, mely által az ügy magasabb biró elé vitetnék, meg nem támadható. Az, a mit anyagi jogerőnek szokás nevezni, a jogerős itéletnek csak következménye.

[2] Obligatio, quae ex causa iudiciati descendit. L. 4. §. 7. D. 42. 1. Ez azonban téves, mert az itéletből, még a római jog szerint sem támadt a felek közt új kötelem. Windscheid: i. m. I. 418. l.; ellenk. Savigny: i. m. VI. 411. l. A római felfogásnak bizonyára az a körülmény képezte alapját, hogy midőn a pernyertes felperes az elmarasztalt alperes ellen végrehajtást akart vezetni, egy külön keresettel — *actio iudicati* — kellett a bírósághoz fordulnia, épúgy mint annak, a ki még egy itélettel el nem döntött jogosítványt akart az alperes ellen érvényesíteni. A római jog szerint, a császárok koráig a végrehajtás nem vezettetett a pernyertes felperes *egyoldalú* kérelme s az elmarasztalt alperes meghallgatása nélkül, hanem csak azután, miután az alperes meghallgattatott. Hogy ez, a már itélettel eldöntött tartozását rosszhiszeműleg ne tagadja, mielőtt a perre bocsáttatott, biztosítékot tartozott adni Gaius: Inst. IV, 25., 102., és ha rosszhiszeműsége kiderült, a kétszeresben lett elmarasztalva. U. o. 9., 171. A császárok korában a végrehajtás az elmarasztalt alperes meghallgatása nélkül elrendeltetett, midőn a nyertes felperes extra ordinem, vagyis specialis végrehajtást kért, a mely abból állott, hogy a hatóság az alperes *egyes* vagyonához tartozó tárgyait, a nélkül, hogy őt meghallgatta volna, *zálogul lefoglaltatta* és saját közegei által eladatta. L. 74. §. 1. D. 21. 2. L. még Bethmann-Hollweg: i. m. II. 690. s k. ll. Az actio iudicati mai alkalmazhatóságára nézve Heldmann; a Z. f. deut. Civilpr. XXI. 473. s k. ll.

elmarasztaló itélet csak, úgy mint más itélet, az alperest csak az állammal szemben kötelezi, annak daczára, hogy az alperes nem az állam, hanem a felperes javára tartozik teljesíteni és hogy az állam csak akkor alkalmaz kényszert, midőn a felperes kéri. A marasztaló itélet mindig csak azon feltételezés mellett kötelezi az alperest, hogy van egy jogszabály, a mely az alperest a felperes javára kötelezi. Ha ilyen jogszabály és egy tény, mely alája foglalható, tényleg fennállanak, az alperes az elmarasztaló itélet után is csak ama jogszabály alapján lesz a felperesnek lekötelezve. Az állam az elmarasztaló itéletben az alperest csak önmagával szemben kötelezi, oly értelemben, hogy az alperes azt, a mit az elmarasztaló itélet parancsol, a felperesnek, az ő kívánságára teljesítse, mert ha nem teszi, ellene, a felperes kérelmére kényszert fog alkalmazni. Mindenesetre az a körülmény, hogy az elmarasztaló itélet egy új közjogi kötelmet létesít az alperes terhére, befolyással bir az ő kötelezettségére a felperessel szemben. A felperes ugyanis jogosítványát az alperes ellen csak azon terjedelemben érvényesítheti, a melyben az állam az itéletben az alperest önmagával szemben kötelezte, vagyis kijelölte azokat a határokat, melyek közt az alperes ellen kényszert alkalmazni hajlandó. S ha ezek eltérnek azoktól, a melyek közt a felperesnek a törvényen alapuló jogosítványa fennáll, természetes, hogy jogosítványának érvényesítése módosul, ha végrehajtásra kerül a dolog.[1]

Azon, hogy az elmarasztalás az alperesnek a lekötelezése az állammal szemben, a felperes javára teljesíteni, mivel különben ellene kényszert alkalmaz: az sem változtat, hogy az állam a kényszert mindig csak a felperes kérelmére alkalmazza és soha nem hivatalból. Mert itt is, mint sok más esetben csak az az elv érvényesül, hogy az állam sokszor a közérdeket, a melynek okából az egyeseket maga részére közjogilag lekötelezi, az által védi meg leghatályosabban, hogy közjogi jogosítványát csak egyes különösen érdekelt egyének kérelmére gyakorolja.

Ezek szerint az elmarasztaló itéletből eredő végrehajtási jog csak az államnak közjogi jogosítványa az alperes ellen, nem

[1] Példa erre a V. T. 23.§[2], mely szerint «a végrehajtási jog» a követelés minőségére és jogczímére való tekintet nélkül, az itélet jogerőre emelkedésétől vagy más végrehajtható közokiratban foglalt teljesítési határidőtől számított és semmi körülmény által félbe nem szakítható rendes magánjogi elévülési határidő alatt évül el.

pedig egy magánjogi jogosítvány, mely az itéletből a felperes javára keletkeznék, habár ilyenről általában beszélni szokás. Midőn a felperes végrehajtást kér, egy megengedett cselekvényt visz végbe az állammal szemben, melyet a 7. §-ban mondottak figyelembe vételével közjogi jogosítványnak nevezhetünk, melynek jogi természete tehát olyan, mint a keresetindításé. A végrehajtás még szembetünőbb módon kényszergyakorlás mint a per. Minden kényszergyakorlás pedig közjogi alárendeltséget, leköteleztést tételez fel, a melyben az egyesek soha sem állhatnak mással, mint az állammal szemben.

Vannak esetek, a melyekben az állam az elmarasztaló ítéleteket végrehajtja, a nélkül, hogy jogerőre emelkedtek volna. (N. 48. §.; S. E. 117., 169. §§.) Ezek azonban csak kivételek, melyeket az állam, könnyen belátható okokból, a közérdek hatályosabb megvédésére, a szabály alól tesz.

III. A jogerős itélet másik hatása az, hogy az elmarasztaló és megállapitó itélet folytán akármelyik fél, az elutasító itélet folytán pedig a felperes ujabbi keresete, illetve végrehajtás iránti kérelme elutasíttatik. S minthogy az elutasítás rendszerint a másik fél kifogására történik, a jogerő ezt a hatását úgy szokás kifejezni, hogy a jogerős itélet *a jogerős itélet kifogását — exceptio rei iudicatæ —* szüli. Már a rómaiak is felismerték annak szükségét, hogy az itélettel eldöntött ügy közbiztonságból ujabban felelevenithető ne legyen [1] s ezen elv, melyet bővebben indokolni nem is szükséges, azóta mindenütt el lett ismerve. Ezen elv alapján az állam a feleket arra kötelezi, hogy cselekvésük szabálya gyanánt egy bizonyos jogviszonyra nézve egyszermindenkorra azt a rendelkezést tekintsék, melyet az itélet megállapit, ennélfogva nem engedi, hogy eléje ugyanazon kérelemmel ismételten is járuljanak. A fél, a ki ez ellen cselekszik, az itéletben az állammal szemben megállapított azon közjogi kötelessége ellen cselekszik, hogy azt, mit az itélet megállapít, egyszermindenkorra mérvadónak fogadja el. A mi az elmarasztaló itéletnél csak hosszabb vizsgálódás után érthető meg, hogy az elmarasztalás az alperes közjogi leköteleztése az állammal szemben: azt itt, akárki könnyen beláthatja, hogy az a parancs, mikép a fél az állam birósága elé ujabb keresettel, illetve végrehajtási kérelemmel ne járuljon, a félnek az itéletből

[1] Erről részletesen szól D. 44. 2. De exceptione rei iudicatae.

folyó kötelessége az állammal szemben. Egyébiránt a kérdés erről az oldalról behatóbb vizsgálat tárgyát eddig nem is képezte.

Nézetünk ellen azt a körülményt sem lehet felhozni, hogy a bíróság azt, mikép az ügyben jogerős itélet van, nem hivatalból, hanem csak az alperes kifogására veszi figyelembe. Az ujabb jogok szerint ugyanis, s úgy a mi jogunk szerint is általában, midőn a bíróság az előtte hivatalosan ismert tényeket figyelembe venni tartozik, a nélkül, hogy azokra a felek hivatkoznának és a nélkül, hogy azokat bizonyítani kellene, (l. a 38. §-t) ez nem áll. Ha tehát az eljáró bíróság tagjai korábbi hivatalos eljárásukból tudomással birnak arról, hogy az ügyben jogerős itélet van, ezt figyelembe fogják venni, a nélkül, hogy az alperesnek ezt kifogásképen felhoznia kellene. Ezt véve figyelembe, a jogerős itélet kifogása lényegesen különbözik a többi perbeli kifogásoktól, mert azokat a tényeket, a melyek ezek útján felhozatnak, a bíróság hivatalból soha sem veheti figyelembe.[1] A bíróság még akkor sem hagyhatja figyelmen kivül, hogy az ügyben jogerős itélet van, ha a felek kölcsönösen *megegyeznének* az iránt, hogy a jogerős itélettel eldöntött ügy ujabb elbirálás tárgyává tétessék, mert a jogerős itélet hatálya nem függ a felek akaratától. A felek a jogerős itélettel eldöntött jogviszony következményeit egy új jogügyletben eltérően szabályozhatják, de a jogerős itéletet nem helyezhetik hatályon kivül.[2]

[1] A mi törvényeinkben nincs kifejezetten kimondva, hogy a jogerős itélet egy újabb perben *hivatalból* veendő figyelembe. Ez csak abból következik, hogy a hivatalosan ismert tények nem igényelnek bizonyítást (S. E. 62., 215. §§,; Terv. 274. §.), illetve, hogy ezeket a bíróság a nélkül is figyelembe veszi, hogy reájuk a felek hivatkoznak, a mint ezt a Terv. i. §-a helyesen el is rendeli. Az uj osztrák perrend már világosan kimondja (240., 411., §§.) hogy a jogerős itélet hivatalból figyelembe veendő. Szabályozása azonban nem következetes, mert egyrészt a jogerős itéletet egy újabbi perben pergátló akadálynak tekinti, másrészt az alperest az ujabb perben mégis perbebocsátkozásra kötelezi (243. §.), minek következtében a bíróság az ügy érdemében fog (elutasítólag) határozni. A mi jogunk szerint a jogerős itélet nem gátolja a későbbi per megalapítását; az alperes tehát tartozik perbebocsátkozni, de a bíróság a jogerős itéletre való tekintettel a későbbi per felperesét érdemben fogja elutasítani. Mindezekből kitűnik, hogy nagy a különbség a jogerős itélet kifogása és a *perfüggés* mind a két alakjának, kifogása között (l. a 23. §-t).

[2] Ellenkezőleg döntött a Curia a másodbíróság helyes határozatával

IV. A mi a jogerős itélet azt a hatását illeti, hogy bizonyos esetekben, annak folytán egy ujabbi perben a fél joghatályosan nem tagadhat, erről már tüzetesen szólottunk (38. §.) s így vele itt tovább nem foglalkozunk.

## 45. §. Különösen a jogerős itélet hatásai egy ujabb perre.

Bővebb fejtegetést nem igényel, hogy az elmarasztaló itélet az a hatása, melynél fogva az elmarasztaló itélet végrehajtható, csak az alperessel szemben áll fenn. Az alperes soha sem juthat abba a helyzetbe, ha csak viszontkeresetet elmarasztalás iránt nem indít, hogy a hozott itélet alapján a felperes ellen végrehajtást kérhessen. A felperes legfeljebb csak elutasitható, de az alperes javára nem marasztalható el; a perköltség, melyben a bíróság a felperest az elutasító itéletben az alperes javára elmarasztalhatja, más szempont alá esik. Nem így áll a dolog a jogerős itélet kifogásával. Az elmarasztaló és a megállapitó itélet a tekintetben, hogy ugyanazon ügyben ujabb eljárás ne kéressék, nemcsak az alpereshez, de a felpereshez szóló parancsot is tartalmaz: ennélfogva akármelyikük utasíttatik el, ha ujabb eljárást kér. Más szavakkal a jogerős itélet kifogása az elmarasztaló és megállapitó itéleteknél mindegyik fél ellen hozható fel. Hogy azonban mégis az elutasítás az egyes esetekben mikor áll be, azt nem lehet egy rövid általános szabályban kifejezni.[1] Ezen kívül a jogerős itélet hatása egy ujabb perben nemcsak ezen alakban, hanem olyképen is nyilvánul, hogy midőn

szemben 594/87. Dt. u. f. XIX. 118. l. Helyesen oldja meg ZLINSZKY is Magánjog 6. kiad. 185. l. 1. jegy.

[1] A rómaiak ezt így fejezték ki: generaliter exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas *eadem questio* revocatur. L. 7. §. 4. D. 44. 2. De használják az *idem corpus* l. 12. h. t. eadem quantitas, idem ius l. 13. h. t. *eadem* (illetve alia) *res* l. 18. h. t. kifejezéseket is. De ezek a meghatározások nem igazítanak útba. S tényleg a római jogot illetőleg egyike a legvitásabb kérdéseknek, hogy mi az exceptio rei iudicatae hatása. L. e kérdésre nézve különösen KELLER: über litis contestation und Urtheil; SAVIGNY: i. m. VI. 417. s k. ll.; BEKKER: Die processualische Consumtion 119. s k. ll. WINDSCHEID: i. m. I. 421. s k. ll. DERNBURG: Pandekten I. 367. s k. ll. A mai jogokra nézve UNGER: i. m. II. 615. s k. ll.; GARSONNET: i. m. III. 216. s k. ll. Nagyon hasznavehető FREUNDENSTEIN: Die Rechtskraft nach der Reichscivilprocessordnung, második kiad. 1884. V. ö. még DEMELIUS E.: Zar Lehre von der Rechtskraft des Civil-Urtheils. 1892.

bizonyos esetekben a felperes az elmarasztaló, illetve tevőlegesen megállapitó itélet alapján ujabb pert indit az alperes ellen, ez amaz itéletek által eldöntött tényeket nem tagadhatja. Hogy tehát tudjuk, hogy egy jogerős itéletnek az ujabb perre mi a hatása, nemcsak az előbbi esetet, mint ez rendszerint történik, hanem az utóbbit is kell figyelembe vennünk. E czélból ezen esetek részletes ismertetése szükséges.

*a)* A mi a felperest illeti, ez a későbbi perben elutasíttatik, ha ugyanazon jogviszony iránt és ugyanabban a terjedelemben indít elmarasztalás iránti keresetet, a melyre nézve az alperes már korábban elmarasztaltatott, ha ugyanazon jogviszony iránt és ugyanabban a terjedelemben indít tevőleges vagy nemleges megállapitás iránt keresetet, a mely tevőlegesen vagy nemlegesen az alperessel szemben már megállapitva lett. Ha azonban korábban egy követelésnek csak egy része iránt indíttatván a per, hozott a biróság elmarasztaló vagy megállapitó itéletet, a felperest nem fogja elutasítani, ha ugyanazon jogviszony másik része iránt indit pert elmarasztalás, illetve megállapitás iránt. Másrészt azonban meg kell jegyeznünk azt is, hogy tevőleges megállapitó itélet nem idézi elő azt, hogy a felperes ugyanazon jogviszonyra nézve indított elmarasztalás iránti keresetével elutasíttassék; fordítva azonban az elmarasztaló itélet után a felperes egy tevőleges megállapitás iránti keresetével elutasíttatik. Ez a különbség nagyon alkalmas ama két rendbeli itélet közötti különbség világosabb felderitésére. A tevőleges megállapitó itélet csak arra nézve tartalmaz az alperessel szemben parancsot, hogy ugyanarra nézve nemleges megállapitás iránti keresetet, miről alább bővebben lesz szó, ne indítson, de nem arra nézve is, hogy a felperes javára teljesítsen; a felperesre nézve a parancs szintén csak az, hogy a tevőleges megállapitás iránti keresetet meg ne ismételje, de nem az, hogy az alperes elmarasztalását ne kérje. És minthogy minden parancs csak azon terjedelemben kötelez, melyben kibocsátva lett: előttünk kétségtelen, hogy a felperes sikerrel indíthat pert elmarasztalás iránt a megállapitó itélet után. Fölösleges volna azonban megengedni, hogy a felperes az elmarasztaló itélet után még tevőleges megállapitás iránt is indithasson sikeresen pert, mert az elmarasztalás kizárja azt, hogy az alperes egy nemleges megállapitás iránt indítandó keresetének hely adassék s így a felperesnek a tevőleges megállapítás iránt érdeke nincs. Midőn pedig

az előbbi esetben a felperes a tevőlegesen megállapitó itélet után elmarasztalás iránt indít pert, nyilvánul a jogerős itélet harmadik következménye, melynek értelmében az alperes az elmarasztalás iránti perben a megállapitó itéletben valónak elismert követelést joghatályosan nem tagadhatja.

*b)* Az alperest tekintve, ez azon jogviszonyból, a felperesnek elmarasztalása, ugyanannak a jogosítványnak a maga részére leendő tevőleges megállapitása vagy azon jogviszonynak nem létezése iránt indított keresetével elutasíttatik, a melyből a felperes javára elmarasztaltatott vagy a melynek létezését vele szemben a felperes javára megállapíttatott; és elutasíttatik azon jogviszonyból való elmarasztalás vagy azon jogviszony létezése iránt indított tevőleges megállapitás iránti keresetével, a melynek nem létezését vele szemben a bíróság egy nemleges megállapitó itéletben kimondotta. Ezen tételeknek alkalmazása a kötelmi jogviszonyokra nézve nagyon egyszerü. Ha a biró kimondja, hogy az alperes egy bizonyos kölcsönügyletből adós vagy abból az alperest fizetésre is marasztalja, egészen magától értetődő, hogy az alperes nem kérheti, mikép ugyanabból a kölcsönügyletből mint adós a felperes marasztaltassék el, vagy állapittassék meg, hogy ő az adós vagy végül mondassék ki, hogy ama kölcsönügylet nem áll fenn, akár azért, mert létre sem jött vagy pedig megszünt. Egy bizonyos kötelmi jogviszony ugyanis mindig csak *egy* tény alapján állhat fenn. Ha tehát a biró kimondja, hogy az egy bizonyos tény alapján a felperes javára fenáll, akkor lehetetlen kimondani, hogy ugyanazon jogosítvány ama tény alapján az alperes javára áll fenn. Ezen a gyakorlatban elő sem fordulható esettel behatóbban nem is akarunk foglalkozni s melyet itt csak a kérdésnek minden oldalról való megvilágitása czéljából hoztunk fel. — Sokkal több figyelem fordítandó azon másik esetre, hogy az alperes a felperes kötelmi jogosítványa nem létezésének megállapitása iránt indít pert vagy azért, mert az létre nem jött vagy azért, mert megszünt, mely jogositvány alapján a bíróság az alperest elmarasztalta, vagy melynek létezését vele szemben megállapitotta; vagy pedig az alperes a saját kötelmi jogosítványából a felperesnek elmarasztalása vagy ama jogosítvány létezésének megállapitása iránt indít pert, melyet a bíróság a felperes által korábban indított per folytán nem létezőnek mondott ki. Ezen esetekben az alperesnek egy tényre kell hivatkoznia, melyből következnék, hogy a felperes jogosítványa nem

jött létre, megszünt vagy pedig, hogy az ő jogosítványa létre jött. De ezen tényeket az alperes a korábbi perben kifogás alakjában már vagy felhozta s azokra való tekintettel hozott a korábbi perben a bíróság itéletet vagy legalább, miután az itélet előtt történtek, felhozhatta volna. Mind a két esetben az alperes a jogerős itélet kifogása alapján el fog utasíttatni. Az első esetben azért, mert azok fölött a bíróság már döntött, a másodikban azon okból, mert nem czélszerü megengedni, hogy ama tények alapján a korábbi itélet hatálya gátoltassék, mert ha a későbbi itélet ellenkeznék a korábbival, amaz ennek érvényesítését mindenesetre gátolná.[1]

Ugyanilyen, de mégis valamivel nehezebb a fentebb felállított tételek alkalmazása a dologbeli jogviszonyokra nézve. Minden dologbeli jogosítvány valósággal ugyancsak egy tény alapján keletkezik, de több különböző tény közül akármelyiknek alapján keletkezhetik. Ennélfogva itt sem kell foglalkozunk azon a gyakorlatban elő sem forduló esettel, hogy ha a bíróság kimondja, hogy bizonyos dologbeli jogosítvány péld. a tulajdonjog a felperes javára fenáll, az alperes nem indíthat pert sikeresen az iránt, hogy ama tulajdonjog ugyanazony tény alapján az ő javára áll fenn vagy, hogy a felperes javára ama tény alapján a tulajdonjog nem áll fenn. Hasonlóképen az alperes nem kérheti, hogy kimondassék, hogy egy bizonyos tény alapján tulajdonjoga fenáll, midőn korábban a felperes kérelmére ugyanazon tény alapján az ellenkezőt mondotta ki. Kérdés azonban, hogy ha a bíróság kimondja, mikép a felperest a tulajdonjog egy bizonyos tény alapján megilleti, vajjon az alperes egy más tény alapján sikeresen kérheti-e, hogy ugyanarra a dologra nézve a tulajdonjog őt illetvén meg, a felperes, javára marasztaltassék vagy a tulajdonjog létezése az ő javára megállapíttassék, vagy végül a felperes tulajdon-

[1] Megvilágításul szolgáljon a következő példa. A felperes egy kölcsönkövetelés alapján az alperes elmarasztalása iránt pert indítván, a bíróság az alperest elmarasztalja, miután azt a kifogását, hogy a kölcsönt visszafizette, elvetette. Ha ez után az alperes pert indít annak megállapítása iránt, hogy a felperes kölcsönkövetelése nem áll fenn, mert az alperes azt kifizette, a bíróság az alperesnek ezen tényre alapított keresetét el fogja utasítani. Ugyanez történik akkor is, ha az alperes a kifizetés kifogását nem hozta fel, noha a kifizetés a felperes által indított per előtt megtörtént. Az alperes baján csak perújítással segíthetne, de ez egészen más szempont alá esik.

joga nem létezőnek mondassék ki? Ezen kérelmét az alperesnek szintén bizonyos tényekre kell alapítania, melyeket már a korábbi perben kifogás alakjában vagy ellenbizonyítás útján felhozott vagy felhozhatott volna, s azért itt úgy, mint fentebb a jogerős itélet kifogása alapján el fog utasíttatni.[1]

Ezen fejtegetésünk egy fontos s a következő §-t is megvilágító tétel felismerésére vezetett, hogy ha azon tény alapján, melynél fogva a korábbi itéletben létezőnek elismert jogviszony létre nem jött vagy megszünt, pert indít a korábbi per alperese, a jogerős itélet kifogása folytán el lesz utasítva, mert ama tény, mint a jogviszony keletkezését kizáró vagy fenállását megszüntető tény, kifogás alakjában már a korábbi perben elbiráltatott vagy legalább elbirálható lett volna.[2]

*c)* Végül a felperes az elutasító itélet folytán a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha pert indít azon jogviszony iránt, melyre nézve elutasíttatott vagy a jogviszony ugyanazon része iránt, melyre nézve az elutasitás történt. Ezt azonban a következőkkel kell még kiegésziteni. Ha a felperes keresete elmarasztalásra irányult s elutasíttatott, sikeresen indíthat pert tevőleges megállapitás iránt, ha az elmarasztalás iránti kérelem nem azért utasíttatott el, hogy közte és az alperes közt jogviszony nincs, melyből a felperest jogosítvány megilletné, hanem csak azért, hogy azon jogviszonyból az alperes teljesítésre *ez idő szerint* nem kötelezhető. És fordítva, ha a felperes tevőleges megállapitás iránt indítván pert, elutasíttatik, sikeresen indíthat pert, ha a feltételek megvannak, elmarasztalás iránt, ha a korábbi perben az elutasítás nem azért

[1] Példa. A felperes pert indítván az iránt, hogy egy őt tulajdonjogilag megillető dolog kiadásában az alperes elmarasztaltassék, a bíróság az alperest marasztalja, miután azt a kifogását, hogy neki a dolgot a felperes eladta és átadta volna, elvetette. Ha ezután az alperes miután a dolgot kiadta pert indít az iránt, hogy ama vétel és átadás alapján a felperes a dolog kiadásában marasztaltassék el, a jogerős itélet kifogása alapján el lesz utasítva.

[2] Itt az alperessel szemben a *fentebbi* kifogások tekintetében az *eshetőségi elv* egy sajátszerű alkalmazásával találkozunk, a melynél fogva azokat ugyanazon per folyamán, ide értve a felebbviteli eljárást is, tartozik felhozni és azok alapján a felperes ellen egy újabb pert nem indíthat, még akkor sem, ha azokat a korábbi per folyamán felhozni elmulasztotta. Ezt a fentebb idézett írók közül egyedül Freundenstein: i. m. 127. s k. l. emeli ki.

történt, hogy nincs jogviszony, melyből a felperest jogosítvány megilletné, hanem csak azért, hogy a felperesnek nincs érdeke a tevőleges megállapitás iránt.[1]

Miután az elutasitó itélet, mint kifejtettük csak a felpereshez szóló parancsot tartalmaz az iránt, hogy ugyanazon tárgyban, a melyre nézve az elutasítás történt, pert ne indítson: az alperes a jogerős itélet kifogásával nem utasíttatik el, ha ugyanazon jogviszonyra nézve az ellenkező irányban indít pert. Ennek gyakorlati jelentősége különben csak a dologbeli jogosítványok iránt indított pereknél van általában akkor, midőn a felperes nemleges megállapitás iránt indítván a pert, elutasíttatott. Ennélfogva, ha az előbbieket illetőleg a bíróság a felperest egy elmarasztalás vagy megállapitás iránti keresetével elutasította, az alperes nem fog elutasíttatni a jogerős itélet kifogásával, ha pert indít az iránt, hogy ugyanaz a dologbeli jogosítvány őt illetvén meg, az a felperessel szemben megállapíttassék vagy pedig a felperes marasztaltassék. És ha a bíróság a felperest az iránt indított keresetével, hogy az alperes egy bizonyos jogosítványa nem létezik, elutasította, az alperes nem fog a jogerős itélet kifogásával elutasíttatni, ha pert indít azon jogosítvány alapján marasztalás vagy tevőleges megállapitás iránt. Sőt mind a két esetben a pert indítania kell, ha jogosítványát érvényesiteni akarja. Mert, ha a bíróság kimondja, hogy egy bizonyos dologbeli jog, pl. egy dolog tulajdonjoga nem a felperesé, még nem mondja ki, hogy az az alperesé; az alperesnek tehát, ha ama dolog fölött tulajdonjogát érvényesíteni akarja, kü-

[1] Vitás, vajjon a felperes egy bizonyos dologra vonatkozó dologbeli jog, pl. tulajdonjog iránt indított keresetével a jogerős itélet kifogása alapján nem utasíttatik-e el, ha a későbbi pert a tulajdonjog iránt más tény alapján indítja, mint a minő alapján korábban elutasíttatott. Itt különbséget kell tenni, vajjon a korábbi perben a felperes tulajdonjogának hiánya minden képzelhető tény vagy pedig csak egy bizonyos tény alapján lett-e kimondva? Az előbbi esetben a felperes a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha újabb pert indít, az utóbbiban nem, ha keresetét más tényre alapítja. Mert, ha bizonyos is, hogy a felperes nem tulajdonosa egy dolognak vétel és azt követő átadás alapján, még nincs kizárva, hogy ne legyen tulajdonos ajándék és azt követő átadás alapján. Gyakorlati jelentőséggel a mai jogok szempontjából azonban csak az utóbbi eset bir, mert a bíróság azt, hogy a felperest a tulajdonjog nem illeti meg, mindig csak egy vagy több *meghatározott* tényre vonatkozólag mondja ki. Igy FREUDENSTEIN: i. m. 132. l.

lön pert kell indítania. Hasonlóképen, ha a bíróság a felperes az iránti keresetét, hogy az alperes jogosítványa nem létezőnek mondassék ki, elutasította, még nem mondta ki azt, hogy a jogosítvány az alperesé, ezt tehát külön perrel kell érvényesíteni. Az ellenkező megoldás oda vezetne, hogy a felperest az elutasításon felül nagyobb hátrány, elmarasztalás, tevőleges megállapitás az ő terhére, is érhetné, a mi pedig mint kifejtettük, a viszonkereset esetét kivéve, mely egészen más szempont alá esik, soha sem történhetik meg.

## 46. §. A jogerős itélet hatásainak terjedelme.

I. Fejtegetéseinkben egy lépéssel tovább kell mennünk s azt kell vizsgálnunk ezen s a következő pontban, hogy a jogerős itélet minő következményekkel jár azon jogviszonyokra, melyek az itéletben elbirált jogviszonynyal bizonyos okozati összefüggésben vannak. Ebben a pontban csak azt az esetet tartjuk szem előtt, vajjon a jogerős itélet következményei kiterjednek-e azokra a jogviszonyokra, a melyeknek az elbirált jogviszony *feltételét képezi?* E tekintetben különbséget kell tenni, vajjon a jogerős itélet elutasító, vagy pedig elmarasztaló, illetve megállapító-e? Ha a jogerős itélet elutasító s ez egy marasztalás, illetve tevőleges megállapítás iránti kereseti kérelem elutasítására vonatkozik: a felperes a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha pert indít marasztalás vagy tevőleges megállapítás iránt, melynek létezése fel van tételezve azon jogviszony által, melyre az elutasító jogerős itélet vonatkozik. Mert, ha bizonyos, hogy nem létezik a feltételt képező jogviszony, akkor kétségtelen, hogy egy attól feltételezett jogviszony sem létezik.[1] Ha azonban a jogerős itélet elmarasztaló vagy pedig tevőlegesen megállapító, a jogerős itélet kifogása a feltételezett jogviszonyokra nézve nem áll be. Mert, ha bizonyos hogy egy jogviszony, mely egy más jogviszonynak feltételét képezheti, létezik, még semmiképen sem bizonyos, hogy tényleg léteznek ama jogviszonyok is, a melyek csak akkor létezhetnek, ha

[1] Példa. A felperes egy kölcsönkövetelés alapján pert indítván az alperes elmarasztalása iránt s keresetével jogerejűleg elutasíttatván: a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha pert indít ama kölcsön követelés kamatai iránt, mert ha nincs kölcsön, nincs mi után kamatot fizetni.

ama feltételt képező jogviszony is létezik. A felperesnek tehát a feltételezett jogviszony iránt sikeresen nemcsak lehet pert indítania, hanem annak érvényesítése czéljából esetleg kell is. Csakhogy ezen perben egy sajátszerű jelenséggel találkozunk, a mely egészen más mint a jogerős itélet kifogása s a melyről egy más helyen is szólottunk (38. §.) s ez az, hogy az alperes a feltételezett jogviszony iránt indított perben a feltételt képező jogviszonyt joghatályosan nem tagadhatja, ezt a bíróság a jogerős itélet alapján a tagadás daczára is létezőnek fogja venni.[1] — Ugyanezen szempont alá esik az, bár különbözik a felvetett kérdéstől, mert nem más hanem ugyanazon jogviszonyról van szó, midőn a felperes a jogviszonynak csak egy bizonyos *része* iránt indítván a pert, a bíróság csak ezen rész fölött határozott. A felperes elutasítására itt is áll az, hogy ha a bíróság a felperest elmarasztalás vagy tevőleges megállapítás iránt a jogviszony részére nézve elutasította, a felperes a hátralevő részre nézve is elutasítottnak tekintendő; mert a kit nem illet meg egy rész, azt nem illetheti meg több rész sem vagy az egész. Ha pedig az egyik részre nézve az elmarasztalás, illetőleg tevőleges megállapítás megtörtént, ez az itélet ugyan a másik részre nem terjed ki, de az ezen utóbbi rész iránt indított perben a korábbi itélettel létezőnek elismert követelés másik része, a mennyiben mint előfeltétel szerepel, joghatályosan nem tagadható. Midőn pedig a felperes az *egész* jogviszony iránt indított pert s keresettével elutasíttatott, a rész iránt indított ujabbi perben a jogerős itélet kifogása alapján elutasíttatik, a mennyiben csakugyan mint rész s nem mint egészen külön alapon nyugvó követelés szerepel a perben. És viszont, ha a felperes az egész jogviszony iránt indítván pert, a bíróság az egész jogviszony iránt elmarasztaló vagy megállapító itéletet hozott, az *alperes* a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha valamelyik rész iránt indít pert, feltéve ismét, hogy a per csakugyan a korábbi itélettel eldöntött jogviszony része s nem önálló alapon nyugvó követelés iránt indítja a pert.

[1] Példa. A bíróság az alperest a felperes törvényes atyjának mondván ki (tevőlegesen megállapító itélet), az alperest egy későbbi perben a felperes tartás iránt kéri marasztaltatni. Ezen későbbi perben az alperes nem tagadhatja joghatályosan azt, hogy a felperesnek törvényes atyja volna, mert a korábbi jogerős itélet a törvényes atyaságot megállapította.

A Tervezet 423. §-a az ezen pontban kifejtett szabályokat abban a rendelkezésben foglalja össze, hogy az ítélet «a szükségképi következmények» iránt is jogerőre emelkedik.[1]

II. Áttérünk most annak a kifejtésére, hogy a jogerős ítélet hatásai, az ujabb keresettel való elutasítás s ezenfelül az elmarasztaló ítéletnél a végrehajthatóság, az ítélet mely részére vonatkoznak? E kérdés a következő két okból áll elő; egyrészt, mert a legtöbb esetben a bíróság a kereset fölött csak úgy határozhat, ha egyidejüleg más jogviszonyok fölött is dönt, másrészt pedig, mert az ítélet, két egymással szorosan összefüggő részből, a rendelkezésből és az indokolásból áll. Vajjon tehát a jogerő hatásai azokra a jogviszonyokra nézve is beállanak, melyek fölött a bíróságnak döntenie kellett, hogy a kereseti kérelem fölött határozhasson és vajjon csak a rendelkező rész vagy pedig az indokolás is jogerőre emelkedik-e? E két kérdés, mint az alábbiakból ki fog tünni, egymással szorosan összefügg, mert az előbbi az ítélet tartalmát az utóbbi annak alakszerűségeit illeti.

*a)* A polgári pernek egyik alapelvénél, a rendelkezési elvnél fogva, a biró az ítéletben csak a kereset korlátai közt határozhatja meg a felek cselekvését valamely jogviszonyra nézve. Az ítélet ennélfogva nem tartalmazhat parancsot más jogviszonyra nézve, mint a melyre nézve a felperes keresetében kérelmet terjesztett elő, ebből az okból ismét a jogerő következményei is a biró ítéletének csak ezen részére terjednek ki. Más szavakkal *az ítéletben csak az megmásíthatlan és esetleg végrehajtás utján kikényszeríthető pa-*

[1] Az indokok szerint a rendelkezés a franczia jogból van átvéve a hol a gyakorlatban követik, de a törvénybe iktatva ott nincs, valamint a német és az osztrák perrendben sem. A törvénybe iktatásra nincs is szükség, mert eléggé magától értetődő, s abban az alakban, melyben a Tervezet kifejezi, nem is helyes. Nem világos ugyanis, mi értendő a «szükségképi következmények» alatt. Annyi kétségtelen, hogy minden elutasító ítélet jogerőre emelkedik *minden* következmény iránt, nemcsak az iránt, melyet valaki szükségképinek tart. De az elmarasztaló és megállapító ítéletre ez már nem áll; itt csak annyi igaz, hogy az *egészet* megállapító vagy az *egész* iránt elmarasztaló ítélet a *rész* iránt is jogerőre emelkedik. A példák közül, melyeket GARSONNET: Traité III. 240. l. jegy. idéz, s melyek közül néhányat a Tervezet is átvesz, egészen téves, legalább a mi jogunk szempontjából az, hogy az ítélet, mely valakit törvényes gyermeknek nyilvánít, jogerőre emelkedik ezen minőségén alapuló törvényes öröklési joga iránt is.

*rancs, a mi fölött a bíróság a kereseti kérelem alapján határozott.* (Terv. 423. §.)[1] Sokszor azonban szükséges, hogy a bíróság kapcsolatosan más jogviszonyok fölött is döntsön, mert ettől függ a kereseti kérelem fölötti határozat is. Ez pedig két, egymástól jól megkülönböztetendő esetben fordul elő. Az egyik, hogy sokszor bizonyos jogviszonyok előfeltételét képezik más jogviszonyoknak. Vannak ugyanis jogviszonyok, melyek csak akkor keletkezhetnek, ha egy más jogviszony is fennáll. Kezesség, zálog nem léteznek, ha nincs egy más kötelmi viszony, melynek biztosítására szolgálhatnak. Nincs kamatkövetelés tőkekövetelés nélkül stb. Ezen esetekben a feltételezett jogviszonyok: zálog, kezesség, kamat stb. fölött a bíróság csak úgy határozhat, ha a feltételt képező jogviszonyok: zálog, kezesség által biztosított kötelem, tőkekövetelés stb. fennállása vagy nem létezése iránt is meggyőződött. A magánjog határozza meg, hogy az itt példaképen felhozottakon kívül, mely más jogviszonyok állanak ilyen feltételezési viszonyban. Nekünk csak azt kell megjegyeznünk, hogy a feltételt képező jogviszonynak nem kell szükségképen olyannak lennie, hogy fölötte csak a *polgári per* utján lehessen határozni. Vannak magánjogi jogviszonyok, nem szólva a közjogiakról, melyek egy más magánjogi jogviszonynak előfeltételét képezik s melyek fölött önállóan nem a polgári per, hanem csak más, közigazgatási eljárás utján lehet határozni. Nálunk azonban törvény nem tiltja, hogy a bíróság a polgári perben azokat belátása szerint fennállóknak vagy fenn nem állóknak tekintse, habár fölöttük az a másik hatóság még nem határozott, vagy pedig a feltételt képező ügyben az illető hatóság előtt az eljárás befejezését bevárja. (V. ö. S. E. 44. §;

[1] Jelenlegi perjogi törvényeinkben ez nincs kimondva, de azért most is alkalmazandó. Megegyezően rendelkeznek német perr. 293. §., osztrák perr. 411. §. A franczia jogot illetőleg is az elméletben és a gyakorlatban teljes megegyezés van arra nézve, hogy az itélet rendelkező részének (dispositif) szűkebb értelemben csak az a rész tekintetik, a melyben rendelkezés van a fölött, a mit a felek a zárindítványokban (conlusions motivées) előterjesztettek, s így a rendelkező rész határozza meg az itélet hatályának (l' autorité de la chose jugée) terjedelmét. Garsonnet: Traité III. 239. l. Más szavakkal a jogerő következményei a franczia jog szerint is csak az itélet rendelkező részéhez fűződnek. Itt még meg kell jegyeznünk, hogy a keresettel egészen egyenlő szempont alá esik a viszonkereset, melyet a szövegben külön nem említettünk fel.

Terv. 240. §.)[1] Ezt ezen §§. szerint még akkor sem kell tennie, ha ama feltételt képező jogviszony iránt az eljárás ama hatóság előtt a per megindításakor már folyamatban van. A másik eset az, hogy az ellenfél a kereseti kérelem teljesítésének meggátlása czéljából *kifogással él* s ebben indokolásképen egy jogviszonyra hivatkozik pl. hogy az alperes a felperes javára nem marasztalható el, mert a kereseti követelés erejéig a felperes ellen egy más követelés alapján *beszámítással* él vagy mert egy köztük létrejött megállapodás folytán csak később tartozik fizetni stb. vagy pedig a kereset ellen *minősített tagadást* hoz fel, pl. a felek közt nem kölcsön hanem vétel jött létre stb. Ekkor a birónak szintén ismernie kell a kifogás, illetve minősített tagadás (ez utóbbi azonban mégis csak ellenbizonyitás esetében jön figyelembe) utján a perbe belevont jogviszonyokat, hogy a kereseti kérelem fölött határozhasson, ki kell jelentenie tehát, vajjon azokat fennállóknak vagy nem létezőknek tekinti-e?

Sem az első sem a második esetben a biró döntése a keresetben előterjesztett jogviszonynak előfeltételét képező, illetve érvényesítését gátló jogviszonyok tekintetében a jogerő következményeit, melyek közül különösen az ujabban indítható perben az elutasítás tartandó szem előtt, nem idézi elő. Első pillanatra ugyan különösnek tetszethetik s ellentétben állónak azzal az elvvel, hogy a birónak itélete az állam megmásíthatlan parancsa, hogy azon jogviszonyok iránt, melyek fölött mint egy más jogviszony feltételei vagy gátló tényei fölött már döntött, ismét lehessen pert indítani. És ez annál inkább tünik fel visszásnak, mert ha a későbbi perben a feltételt vagy gátló körülményt képező jogviszony iránt a bíróság máskép határoz: kétségtelen, hogy a korábbi itélet döntése nemcsak eme jogviszonyok tekintetében lesz ellentétes a későbbivel, de a kereseti kérelemben előterjesztett jogviszony iránti rendelkezésének helyessége is bizonytalanná válik, mert ha a feltételek mások, más az eredmény is és a szerint a mint vannak vagy nincsenek gátló körülmények, más a hatás is. Ennek daczára azonban a tételes jogokban a fentebbi szabály nyer alkalmazást, a melyet, miután a feltételt, illetve gátló körülményt képező jogviszonyok fölötti döntés a keresetben előterjesztett jogviszony fölött való döntésnek indokát képezi, úgy is szokás kifejezni: hogy *az*

[1] Tervezet indokolása 163. l.

*itélet indokolására a jogerő hatásai be nem állanak.*[4] Igy azonban a szabály sokkal tágabb körre terjed ki, mint a melyben fejtegetésünk mozog. Mint tudjuk, az itélet indokolásába annak a kifejtése is tartozik, hogy a kideritett tényeket a biró minő jogszabály alapján tekinti jogviszonyoknak, hogy bizonyos tényeket, melyek nem is idéznek elő jogviszonyt, hanem csak egy kifogás indokai pl. tévesztés stb. vagy csak közvetett bizonyító okozatok, miért fogadott el valóknak. Igaz, hogy a jogerő hatásai ezekhez sem füződnek, de midőn arról szólunk, hogy az itélet indokolására a jogerő következményei nem terjednek ki, ezt különösen csak a feltételt és a gátló körülményt képező jogviszonyokra értjük, mert a jogerő következményeit füzni csak ezekhez volna lehetséges. Hogy ezen szabályt a vele járó visszásságok daczára mégis alkalmazzák, annak oka az, hogy a sokkal fontosabb közérdekeket védő rendelkezési elvbe ütköznék, melynél fogva a bíróság csak azon jogviszony iránt bocsát ki parancsot, melyre nézve ezt a felek kérték. Ha e czélból neki más jogviszonyok fölött is kell határoznia, ez a határozata nem parancs, hanem csak a kért parancs indoka. Továbbá a biróságok másrészt a biróságok és más hatóságok hatásköreinek összezavarására vezetne, ha az indokok gyanánt szereplő jogviszonyok fölötti döntéshez a jogerő következményei volnának füzve. Igy pél-

[1] Az ellenkező tan, hogy a jogerő következményei az itélet indokaira is kiterjednek SAVIGNY-től ered. System. VI. 350. s k. ll. Ezt ő úgy fejezte ki, hogy «*jogerőre emelkednek az itélet elemei*», értvén ez alatt azt, hogy az itélet jogerőre emelkedik elválaszthatlan kapcsolatban azon a biró által létezőknek vagy nem létezőknek nyilvánított *jogviszonyokkal*, melyektől az itélet tisztán gyakorlati része, az alperes elmarasztalása vagy a felperes elutasítása függ. 358. l. E tételt azon visszásságok elkerülése czéljából tartja szükségesnek, melyeket fentebb mi is kifejtettünk. Túlnyomólag azonban az irók is tanítják s a gyakorlat is követi, hogy a jogerő következményei az indokokhoz nem füződnek. WETZEL: i. m. 595. l. UNGER: i. m. II. 625. l. szerint a döntés a kereset előfeltételét képező jogviszonyok fölött nem emelkedik jogerőre, de történik ez a kifogásokra nézve, a mennyiben ezek jogviszonyok, s ezeket a biró nem létezőknek mondotta ki. 636. l. E megkülönböztetés nem helyes, nem is következetes, mert a kifogás itt ép oly mellékesen kerül elbirálás alá mint akkor, midőn az alperes által felhozott jogviszonyt létezőnek mondotta ki és mint az előfeltétel. WINDSCHEID: i. m. I. 427. l. HAHN: Materialien stb. II. 1. 290. l. Tervezet indokolása 228. s k. l. — A főszövegben kifejtett tételek a mi jogunk szerint is alkalmazandók.

dául az ügy fölött, mely a törvényszék hatáskörébe van utalva, a járásbiróság véglegesen határozna vagy egy polgári biróság véglegesen határozna oly ügy fölött, mely egy más hatóság elé van utalva. Ezt azonban a jogrend biztonságának megőrzése czéljából megengedni nem szabad. Egyébiránt ujabban van gondoskodás az iránt is, hogy ama visszásságok is elháríttassanak. Ha ugyanis az érdekelt fél azt akarja, hogy a keresetben előterjesztett jogviszony előfeltételét vagy érvényesítésének akadályát képező jogviszonyokra nézve is, a jogerő következményei beálljanak, e részben a per folyamán kérelmet terjeszthet elő, mely nem más, mint a per folyamán előterjesztettt megállapítás iránti kereset; az annak alapján hozott határozathoz a jogerő következményei a rendelkezési elv alapján fognak járulni. (Terv. 195. §.)[1] Ezenfelül az ujabb jogok a szabály alól egy kivételt is tesznek, elrendelvén azt, hogy a *beszámítás* — tehát kifogás és nem viszonkereset — utján érvényesített ellenkövetelés, a mennyiben az itéletben a beszámításnak hely adatott, a beszámítás erejéig ujabban nem érvényesithető. (Terv. 424. §.)[2]

*b)* E pont elején felvetett másik kérdésre illetőleg tudnunk kell azt, hogy az irásba foglalt itélet alakilag is két különböző részt tartalmaz: a rendelkezést és az indokolást. Ezen oknál fogva felmerül a kérdés, vajjon az irásba foglalt itéletnek csak a rendelkező részéhez füződnek-e a jogerő következményei vagy pedig ahhoz is, a mely indokolásnak van jelölve? Az uralkodónak mondható s helyes nézet az, hogy e tekintetben mindig *az itélet tartalma a döntő*. Az itélet tartalmát tekintve a rendelkezés mindig az itélet parancsa, a többi az itélet indokolása. A jogerő következményei az itéletnek mindig csak azon részéhez füződhetnek, a mely parancs, nem pedig e parancs indokolásához. Hogy az itélet parancsa az irásba foglalt itéletnek alakilag melyik részében, a rendelkezésben vagy az indokolásban áll-e, e tekintetban teljesen

[1] Ugyanigy német perr. 253. §. Az osztrák perrend ezt csak a felperesre korlátolja 236. §. de ezzel, a §. egészen helyes indokolása ellentétben áll, mely mind a két félről szól. A kormány javaslatának indok. 254. l.

[2] Az eszme a német perrendből (293. §.[2]) van átvéve, de az alkalmazás mégis más. A német perrend szerint a jogerő beáll még akkor is, ha a biróság a beszámítás iránti kifogást elutasítja, de a Terv. szerint nem. Indokolása azonban ezen a ponton téves. 230. l. A német perrenddel megegyez az osztrák is 411. §.

közömbös. A rendszerinti eset ugyan az, hogy az irásba foglalt itéletnek rendelkezése magában foglalja az itélet parancsát s az a rész a mely indokolásnak van megjelölve, tartalmazza az itélet parancsának indokait. S így szabályként az irásba foglalt itélet rendelkező része az, a melyhez a jogerő következményei füződnek. Nincs azonban kizárva, hogy az itélet parancsa az itélet azon részében forduljon elő, a mely indokolásnak van megjelölve s ekkor ahhoz a jogerő következményei mégis fognak füződni. Szóval, az irásba foglalt itélet alakszerűségei nem döntők arra nézve, hogy az itélet melyik része tekintessék a biró parancsának, a mely ez alapon jogerő következményeit előidézheti; sem jelenlegi törvényeink, sem a Tervezet az itélet alakszerűségeit ilyen hatálylyal nem ruházzák fel.[1] Nem szenved azonban kétséget, hogy kételyek elhárítása czéljából nagyon kivánatos, ha a bíróság az irásba foglalt itéletnek rendelkező részébe mindazt felveszi, a mi iránt az itélet parancsot tartalmaz.

III. Az itélet csak két félnek, a fel- és alperesnek cselekvését határozván meg egy bizonyos jogviszonyra nézve, és csak hozzájuk szóló parancsot tartalmazván: kétségtelen, hogy a jogerő következ-

[1] Bíróságaink azonban ezt nem mindig fogták fel így. Egy esetben Lfi. kimondotta, hogy a felperes nem élhet felebezéssel azon okból, mert az alsóbb bíróság az *indokokban* mondotta ki, hogy az alperes ellenkövetelését külön per útján érvényesítheti, mert «*az indokok nem határozatok, hanem csak támaszai azoknak*» 5867/71. sz. Dt. r. f. XII. 95. s k. ll. Ellenben helyes, hogy ha a bíróság az alperesnek a szerződés érvénytelenségének megállapítása iránti viszonkeresete alapján, *habár csak az indokokban* mondotta ki hogy a szerződés érvényes: az alperes egy ujabb perben mint felperes a szerződést nem kérheti érvénytelennek kimondatni. C. 1586/82. Dt. u. f. II. 250. s k. l. E megoldás indokolása azonban, hogy az «indokok itélet összefüggő alkatrészét képezik» a kérdést nem világítja meg. Más törvényekben sincs ilyen rendelkezés. A német perrend tervezetében volt, de később törülték. L. ezen tervezet 283. §-át. Hogy a törlés a bizottságban mely okból történt, az nem bizonyos, mert igen különböző indokok lettek felhozva. Hahn: Materialien stb. II. 1. 608. l. Túlnyomólag azonban a szövegben kifejtett nézetet követik. Wach: Vorträge 142. s k. ll. E felfogást Franczia országban is követik. Itt azt tartják, hogy az itélet bizonyos indokai, az *objectiv indokok* a rendelkezés részének tekintendők, tehát tulajdonképen rendelkezés, habár az itélet indokoló részében fordulnak elő. Így, ha a bíróság az alperest marasztalja s beszámítás iránti kifogásával elutasítja, ez az elutasítás, habár az indokok közt fordul elő, jogerőre emelkedik. Garsonnet: Traité III. 240. l. 15. jegy.

ményei, csak az *illető felekre terjednek ki.*[1] Ezen szabály alól, az elmarasztaló itéletnél, az elmarasztalásban rejlő parancs tekintetében nincs is kivétel. Azt teljesíteni, a miben az alperes marasztaltatik, az alperesen s a vele egyenlő szempont alá eső jogutódokon kivül, mást nem lehet kényszerítani. Az elmarasztaló itélet tehát csak az alperes s jogutódai[2] ellen hajtható végre. Vannak azonban kivételek a jogerő másik két következménye, az ujabbi perben leendő utasítás és a tagadás kizárása tekintetében. Vannak ugyanis egyes esetek, a melyekben a jogerős itélet kifogása nemcsak a peresfelekkel s azok jogutódaival szemben, hanem harmadik személyekkel szemben is hat és ujabb perben a tagadás ezek ellen, illetve az ő részükről is van kizárva.

Közelebbről véve szemügyre a kérdést, hogy a jogerős itélet kifogása harmadik személyekre is kiterjedjen, vagy a tagadás az ujabb perben legyen kizárva, ahhoz mulhatlanul vagy az szükséges, hogy a perbe vont jogviszonyra nézve az egyik peresfél és a harmadik peren kivül álló személy jogközösségben legyenek vagy pedig a harmadik és a peresfél közötti jogviszony feltételezve legyen attól, mely a peresfelek közt perbe van vonva avagy végül, hogy a per kizárólag az egyik peresfél és a harmadik közötti jogviszonyra vonatkozzék, a melyhez a másik peresfélnek végrehajtás vagy csőd esetében érdeke fűződik.

*a)* A mi mindenekelőtt a legutóbbit illeti, tudjuk, hogy keresetet tevőleges vagy nemleges megállapítás iránt a felperes egyes esetekben nemcsak akkor indíthat az alperes ellen, ha épen egy személyeikre vonatkozó jogviszonyról van szó, hanem akkor is, ha oly jogviszonyról van szó, mely a felperes és egy harmadik személyre vagy az alperes és egy harmadik személyre vonatkozik. Ezen eseteken a jogerős megállapító itélet alapján a jogerős itélet kifogása, a harmadik személy ellen, illetve az ő javára is hatályos, habár a korábbi perben peresfélként nem szerepelt vagy abban legfelebb csak mellékbeavatkozóként fordult elő. Igy, ha a bíróság a végrehajtató ellen inditott igényperben megállapítja azt, hogy a lefoglalt ingó dolog az igénylő felperest illeti meg tulajdonjogilag, ezen itélet a végrehajtást szenvedő alperes ellen is hatályos annyiban, hogy ha a felperes a végrehajtást szenvedő elmarasztalása

[1] Res inter alios iudicata, aliis neque prodesse neque nocere solet L. 16. D. 20. 4.

[2] V. T. 14., 15. §§.

iránt indít pert a dolog kiadása végett, ez a felperes tulajdonjogát hatályosan nem tagadhatja, és hogy a végrehajtást szenvedő a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha az igénylőnek a korábbi perben elismert tulajdonjoga nem létezésének megállapítása iránt indít pert.[1] Vagy, ha a bíróság az egyik csődhitelező által a másik ellen indított perben megállapítja, hogy ennek a vagyonbukott ellen követelése nincs: ez a csődhitelező a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha a vagyonbukott ellen marasztalás vagy tevőleges megállapítás iránt indít pert. Ezen esetben a itélet kifogása a harmadik javára hat, s nem ellene, miként az előbbiben.

*b)* Áttérünk most arra az esetre, hogy a perbevont jogviszony tekintetében az egyik peresfél és harmadik közt jogközösség van. Ha egy jogviszonyból többen a jogosultak, s azok közül a kötelezett ellen csak az egyik lép fel perrel marasztalás vagy tevőleges megállapítás iránt, a marasztaló, illetve a tevőlegessn megállapító itélet joghatálya a többi jogosultakra is kiterjed a tekintetben, hogy az alperes a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha ellenük pert indít az illető jogviszony nem létezésének kimondása iránt; ezenfelül pedig az alperes nem tagadhatja hatályosan ama jogviszony létezését, ha a jogosultak valamelyike ellene pert indít marasztalás iránt.[2] Ha többen vannak egyetemlegesen kötelezve,

[1] Az ellenkező felfogás nem volna helyes, mert semmivel sem lehetne indokolni azt, hogy midőn a bíróság az igényperben a foglalás alól való feloldást épen azon jogviszony alapján mondja ki, a mely az igénylő felperes és a végrehajtást szenvedő közt áll fenn: ennek a döntésnek ezzel szemben semmiféle joghatálya sem legyen. Nem áll tehát az, a mit a C. kimondott, «*hogy az igénylő és a végrehajtást szenvedő jogviszonya az igényperben eldöntés tárgyát nem képezi*, 2292/90. MÁRKUS: II. 441. l. Csak annyi igaz, hogy az igényperben hozott itélet alapján nem lehet végrehajtással élni a végrehajtást szenvedő ellen, miután az igényperben hozott itélet csak *megállapító* és nem *elmarasztaló* és miután az igényperben a végrehajtást szenvedő nem szerepel alperesként, elmarasztalás pedig, mint tudjuk, csak ezzel szemben mondható ki. Úgy látszik, a C. is idézett határozatában csak erre gondolt, mert kimondotta, hogy az első bíróság itéletének az a kijelentése, hogy az «*ingók az igénylő felperes rendelkezésére bocsáttatnak*» elhagyandó.

[2] Példa. Több tulajdonostárs közül az egyik pert indítván a dolog kiadása iránt, a kiadásban elmarasztalt alperes, a jogerős itélet kifogásával elutasíttatik, ha a többi tulajdonostársak tulajdonjogának nem létezése iránt indít pert és tagadása nem vétetik figyelembe, ha a többi tulajdonostársak indítanak pert a dolog kiadása iránt.

az egyik adóstárs ellen hozott elmarasztaló vagy tevőlegesen megállapító ítélet a többiekre szintén a fentebbi kettős értelemben terjed ki: nem indíthatnak sikeresen pert a jogviszony nem létezésének kimondása iránt s egy ellenük indított elmarasztalás iránti perben tartozásukat hatályosan nem tagadhatják.[1]

*c)* Végül pedig a harmadik esetben, hogy a bíróság a perben elismeri a felperes jogosítványát, melytől egy harmadiknak jogosultsága feltételezve van, az alperes a harmadik ellen nem indíthat sikeresen pert azon a czimen, hogy a feltételt képező jogosítvány nem létezik és ha a harmadik ellene pert indít a feltételezett jogosítvány alapján, ezen perben a feltételt képező jogviszonyt hatályosan nem tagadhatja. És viszont, ha a feltételt képező jogviszony iránti perben a felperest a bíróság keresetével elutasította, a harmadik a feltételezett jogviszony iránti perben az alperessel szemben is elutasíttatik a korábbi elutasító ilélet alapján. Ezen szabályok alá a legkülömbözőbb esetek tartoznak.[2] És végül, ha a bíróság egy jogviszonyt megállapít, mely feltételét képezi az egyik fél — és nem harmadik személyek — jogosítványának másokkal szemben, ezen jogosítvány per útján való érvényesítése esetében a feltételt képező s már korábban megállapított jogviszony hatályosan nem tagadható.[3]

[1] Különösen a kereskedelmi jogban van elismerve, hogy a közkereseti társaság egyik tagja ellen hozott elmarasztaló itélet, a többiekre is kihat olyképen, hogy a tartozás nem létezése iránt indított perben a jogerős kifogásával elutasíttatnak és különösen az ellenük elmarasztalás iránt indított perben a tartozást nem tagadhatják. L. Nagy F. A magyar Kereskedelmi jog kézikönyve 3. kiad. I. 246. l.

[2] Az itélet, mely egy végrendeletet érvényesnek vagy érvénytelennek jelenti ki, kiterjed a hagyományosokra, habár ezek a perben nem szerepeltek. Az itélet, mely a házastársak közötti perben a nő gyermekét törvényesnek vagy törvénytelennek mondja ki, joghatályos a gyermekre is, noha ő a perben peresfélként nem is szerepelt stb.

[3] Ezen szempont alá esik az az eset, hogy az itélet, mely valakinek bizonyos személyállapotát pl. törvényes gyermeki minőségét elismeri, kihat harmadik személyekkel annyiban, hogy ezek az elismert személyállapotot, melynek alapján ellenük az illető, kinek személyállapota el lett ismerve, egy más perben jogosítványokat érvényesít, hatályosan nem tagadhatják. Hasonló értelemmel bir az 1894 : XXXI. t.-cz. 50., és 70. §-ainak rendelkezése, a melynél fogva a házasság megsemmisítése és megtámadása iránti perben hozott itélet mindenki ellen hatályos.

## HATODIK FEJEZET.

# A PERBELI CSELEKVÉNYEK ELMULASZTÁSA.

### 47. §. A mulasztás fogalma.

A fél vagy a bíróság a perben mulasztást követnek el, ha valamely perbeli cselekvényt nem teljesítenek vagy szabályszerüen nem teljesítenek, tehát nem a kellő időben, helyen és formában úgy, hogy az ennélfogva nem történtnek vétetik. Az elmulasztott perbeli cselekvényhez fűződő következmények a szerint mások a mint az elmulasztott perbeli cselekvény különböző természetű volt.

Tudjuk, hogy a felek perbeli cselekvényei *megengedett, kötelességszerű* vagy *tilos* perbeli cselekvények. E legutóbbiakat a mulasztás szempontjából egészen figyelmen kivül hagyjuk, mert arról fölösleges volna szólani, hogy mi következménye van egy tiltott cselekvény nem teljesítésének. Ha a fél egy megengedett cselekvényt nem teljesít, a bíróság nem fogja azt a cselekvényt véghezvinni, a mely a kérelemtől feltételezve van, s igy a félnek perbeli helyzete *változatlan* marad, nem éri el azt a perbeli előnyt, a mely a kérelemtől feltételezve van, de nem is éri perbeli joghátrány. Máskép áll a dolog, ha a fél egy kötelességszerű cselekvényt mulaszt el. Ezen cselekvény elmulasztása azt idézi elő, hogy a bíróság a félre bizonyos perbeli hátrányokat ró. Itt tehát a fél mulasztása nem akasztja meg a biró cselekvését, perbeli helyzete nem marad változatlan, hanem ellenkezőleg az ő kárára rosszabbra fordul. Nem nehéz felismerni azt a messze menő s az egész perjog megítélésére alapvető különbséget, a mely a két rendbeli következmény közt fennáll. Ha azt látjuk, hogy egy bizonyos cselekvény

elmulasztása miatt jogi helyzetünkben nem áll hátrányos változás, az csak onnan lehet, mert az illető cselekvényt véghezvinni jogunk volt vagy az legalább meg volt engedve. Ha ellenben a mulasztás folytán jogi helyzetünk hátrányunkra megváltozik, ennek nem lehet más oka mint az, hogy a cselekvény kötelességünk volt, mert nem képzelhető, hogy más okból forduljon rosszabbra jogi helyzetünk, mint annak elmulasztása miatt, a mit tenni kötelességünk volt.

A mi a bíróságot illeti, a mulasztás kérdésében csak a biró mint az állam alkalmazottja jöhet szóba; mert lehetetlen, hogy az állam maga, a kit a birói felségjog megillet, kövessen el valamely mulasztást. Minthogy pedig a birónak, mint az állam alkalmazottjának minden perbeli cselekvénye kötelességteljesítés az állammal szemben, annak elmulasztása természetesen kötelességsértés az állam ellen. Azonban a biró mulasztása a félre is hátrányos, habár nem is kötelességsértés vele szemben. Ezekről a kérdésekről a következő fejezetben fogunk részletesen szólani; itt most csak azt jegyezzük meg, hogy a biró perbeli kötelességeit nemcsak mulasztás által sérti meg, hanem az által is, hogy bizonyos perbeli cselekvényt véghezvisz, holott annak egészen el kellett volna maradnia vagy azt nem megfelelően teljesíti. Hasonlóképen a fél is perbeli kötelességét nemcsak mulasztás által sérti, hanem egy tiltott perbeli cselekvény véghezvitele által is. Hogy ez a félre minő következményekkel jár, erről a 7. §-ban mondottakon kivül többet felhozni nem szükséges. Ennélfogva ebben a fejezetben csak a fél mulasztásával fogunk foglalkozni.

## 48. §. A fél perbeli cselekvényeinek elmulasztása.

Könnyebb áttekintés végett itt rövidén összefoglaljuk a fél megengedett és kötelességszerű cselekvényeit, melyeket a fél elmulaszthat. A fél megengedett perbeli cselekvénye általában minden *kérelem*. Ezzel a félnek a bírósághoz mindannyiszor kell fordulnia, valahányszor a félnek kezdeményezésétől van a bíróság cselekvése feltételezve. Ezen szempont alá esik kölönösen a kereset, közvetett bizonyító tények és eszközök megnevezése stb. A felek kötelességszerű cselekvényei: az alperesnek nyilatkozata a keresetre, a felperes nyilatkozata az alperes kifogására, az alperesnek ismét nyilatkozata a felperes ellenkifogására és igy tovább; a félnek nyilatkozata azokra a közvetett bizonyító tényekre, a melyeket a

másik fél a perben használni akar; egy esetben, névszerint a főeskü által való bizonyításnál a félnek nyilatkozata az iránt, vajjon más bizonyító eszköz hiányában az ellenfél által bizonyítandó ténynek a valótlanságát saját nyilatkozatával (főeskü) akarja-e bizonyítani; egyes esetekben végül a félnek nyilatkozata valamely bizonyító eszköznek alkalmasságára. Idetartozik a mi jogunk szerint a bizonyító fél ellenfelének nyilatkozata egy *magánokirat* valódisága és a rendes perben a bizonyító félnek esküképessége iránt.

Midőn a fél egy megengedett cselekvényt mulaszt el, perbeli helyzete nem fordul rosszabbra, hanem változatlan marad. Hátrány őt azonban az által éri, hogy az elmulasztott cselekvényt később nem pótolhatja. Egyébiránt csak olyan megengedett perbeli cselekvények elmulasztásáról lehet szó, a melyek véghezvitele egy bizonyos időhöz van kötve. A keresetet kivéve, minden perbeli cselekvény ilyen. Ha a fél ezen cselekvényeket kellő időben teljesíteni elmulasztja, őt az a hátrány éri, hogy azokat később nem végezheti. A kötelességszerű perbeli cselekvények kivétel nélkül egy bizonyos időhöz vannak kötve úgy, hogy azontúl többé szintén nem pótolhatók. Mind a két rendbeli cselekvényeknek közös sajátsága tehát a mulasztás pótlásának *kizárása* (praeclusio). Ezt a Terv. 444. §-a világosan ki is mondja. Egyebekben azonban, mint az előző §-ban kifejtettük, nagy a különbség.

Minthogy azonban a fél akkor, midőn egy megengedett cselekvényt mulaszt el, perbeli helyzetében nem szenved hátrányt, hanem az változatlan marad: ezt a kérdést abból a szempontból, hogy a mulasztás reá nézve minő következményekkel jár, tovább vizsgálni nem kell. Ennél csak az a fontos, hogy a mulasztás ezen következményét miként háríthatja el magától: azaz miként juthat abba a helyzetbe, hogy a mulasztott cselekvényt pótolhassa és ez által perbeli helyzetét saját javára megváltoztathassa. Erről a következő fejezetben lesz szó. Szükséges azonban a mulasztás következményeivel behatóbban foglalkozni azon esetre nézve, midőn a fél a mulasztás által perbeli kötelességét sértette meg, mert ekkor rendszerint perbeli helyzete is hátrányára megváltozik. Azt kell tudnunk, hogy ez a hátrány miben áll.

Az egyes jogrendszerek e tekintetben különböző irányt követtek és részben még most is követnek. Majd a mulasztó felet különféle joghátrányokkal sujtják, melyek által a félre kényszert akar-

nak gyakorolni, hogy a szükséges perbeli cselekvényt teljesítse. Ilyenek a rómaiaknál a missió in bona, a középkorban egyházi vagy birodalmi átok, melyek által különösen az alperest akarták kényszeríteni arra, hogy a peralapításhoz szükséges cselekvényt végezze. Majd megengedik azt, hogy a nem mulasztó fél azt a tényt melyre a másik a nyilatkozást elmulasztotta, a másik fél kizárásával bizonyítsa, majd pedig azt a tényt bizonyítás nélkül i valónak veszik. E legutóbbi a legszigorubb és a per szerkezete szempontjából a legczélszerűbb is.

A mi nevezetesen a mi jogunkat illeti, ez a legutolsó következményt fogadja el. De az alkalmazás tekintetében mégis van különbség. Ha az alperes nem nyilatkozik a tényalapra, a felperes a kifogásra stb. a többi tényekre való nyilatkozás szüksége elesik, a bíróság a kereset tényalapját, illetve a kifogást stb. valónak vevén, ez alapon fogja a pert elbirálni. Ha pedig a fél nyilatkozási kötelességének a tényalap, a kifogások s ellenkifogások tekintetében eleget tett, azt egyedül a bizonyító tények és eszközök tekintetében mulasztván el: a mulasztás következménye csak ezek tekintetében áll be, az azonban, hogy a kereset tényalapja, a kifogás vagy ellenkifogás is valónak vétessék-e vagy sem, a bizonyítás közönséges szabályai szerint döntendő el. E különbség ismét visszahat az eljárásra. Az előbbi esetben az egész per a mulasztó fel közreműködése nélkül és *bizonyítás kizárásával* foly le, az utóbbiban a bizonyítás épen csak azon tény tekintetében van kizárva, melyre a fél nyilatkozni elmulasztott.

## 49. §. Mulasztás a peralapítás körül.

A peralapitás körül mulasztást követ el a felperes az által, hogy keresetét előadni elmulasztja, az alperes az által, hogy az előadott keresetre nem nyilatkozik. Ezen két rendbeli mulasztás, s ezt mint ezen §. vezérgondolatát különösen kell kiemelnünk, különböző természetű. A kereset előterjesztésének elmulasztása, egy megengedett cselekvénynek az elmulasztása, ha pedig az alperes a keresetre nem nyilatkozik, kötelességmulasztást követ el. Ennélfogva a következményeknek is másoknak kellene lenniök. De miután, mint látni fogjuk, ez nem mindig van így, ez okból a keresetmulasztás következményeivel is kell foglalkoznunk, noha különben a keresetmulasztásnak, mint egy megengedett perbeli

cselekvény elmulasztásának tárgyalása kitüzött czélunkhoz képest alábbi fejtegetéseinkből kizárandó volna.

*a)* Az alperes a kereset tekintetében mulasztást az által követ el, hogy arra a *határnapra*, melyen a felperes a keresetet a bíróságnál előterjeszti, meg nem jelen vagy megjelen ugyan, de a kereset tényalapjára nem nyilatkozik. De előfordul az is, hogy alperesnek nem egy bizonyos határnapon, hanem egy bizonyos *határidőben* kell perbebocsátkozni, melyen belül ugyanis perbebocsátkozó nyilatkozatát a bírósághoz be kell nyujtania. Ekkor az alperes mulasztást követ el, ha ezen periratát a kellő határidőben be nem nyujtja. Itt csak a mi jogunkat tartva szem előtt, e szerint a mulasztás az előbbi módon történik, mert a perbe bocsátkozásnak mindig egy kitüzött határnapon kell történnie. Mégis ezen közös szabály daczára, e mulasztás egészen más körülmények közt áll be a rendes mint a sommás perben s mint általában a Terv. szóbeli perében. A rendes perben a mulasztás az által következik be, hogy az alperes *elleniratát* a per felvételére kitüzött határnapon a pertárnoknak meghatalmazott ügyvédje által nem adja át (T. 130. §.[1] 132. §.) illetve ellenbeszédét a jegyzőkönyvbe be nem jegyzi s a megjelent felperes az ügynek itélet alá terjesztését kéri. (T. 143. §.[1]) Sommás perben az alperes mulasztása az által áll be, hogy az alperes a kereset tárgyalására kitüzött első határnapon nem jelenik meg s a megjelent felperes keresetének tárgyalását kéri (S. E. 50. §.[1]); vagy megjelenik ugyan, de a felperesnek előadott keresetére a bíróság felhivása daczára nem nyilatkozik. (V. ö. S. E. 61. §.[1]) Hasonlóképpen áll be az alperes mulasztása a Terv. szerint, ha az alperes a perfelvételi határnapon nem jelenik meg, illetve a keresetre nem nyilatkozik (V. ö. 446., 448. §§-t).[1] Az alperes ezen mulasztásának következményéről már

[1] Ugyanez áll a német perr. 269. §. osztrák perr. 133., 369. §§. szerint is. — A franczia perjog szerint az alperes két különböző időpontban követheti el a mulasztást. Az egyik, hogy a kereset kézbesítésétől számítva bizonyos időn belül, Franciaországban lakóknál, nyolcz napon belül, *avoué*-t nem rendel. Az avoué-rendelésnek az a jelentősége, hogy az alperes a bíróság előtt megjelentnek tekintetik és a perbe bocsátkozni akar. Ez okból az avoué-rendelést a bíróság előtti megjelenésnek (comparution) nevezik. (GARSONNET: Traité II 268. l.) Ennek ismét az a következménye, hogy az alperes ellen, a ki avoué-t rendelt, nem lehet az avoué rendelésére megállapított határidő elteltével meg nem jelenés miatt itéletet

szólottunk, s abból áll, hogy a bíróság a kereset tényalapját valónak fogja venni, a mi rendszerint, bár nem szükségképpen az alperes elmarasztalására vezet, a *bizonyítási eljárás* azonban mindenesetre elmarad. Ezen következmény azonban pusztán az alperes meg nem jelenése vagy hallgatása folytán soha sem áll be, hanem szükséges még az is, mint ez a fentebb idézett §§-ból kitünik, hogy a felperes ama következmény kimondását *kérje* (accusatio contumaciæ). A törvények ez a rendelkezése ama téves nézetre szolgáltatott alkalmat, hogy az alperes mulasztása nem engedetlenség, nem kötelességsértés a bíróság ellen s hogy ennélfogva az alperes a perben nincs is lekötelezve a bírósággal szemben. Azonban csak czélszerüségi szempontból történik az, hogy a törvény nem hivatalból, hanem csak a felperes kérelmére rendeli a mulasz-

(jugement par défaut) kérni. Ez tehát csak azon alperes ellen kérhető, a ki avoué-t nem rendelt. Ebből a czélból a felperes avoué-ja a bíróságnál tárgyalást kér (réquisition d' audience), melyen a fentebbi itélet meghozatik. Azonban e tárgyaláson az avoué az enyhe gyakorlat szerint nemcsak a sürgős, hanem más ügyekben is rendelhető, mi különben a bíróságon kivül történik, úgy, hogy a bíróság csak akkor hoz itéletet az alperes meg nem jelenése miatt, ha avoué-t ama tárgyaláson sem rendelt az alperes. A másik időpont, a melyben az alperes a mulasztást elkövetheti az, hogy miután az alperes avoué-t rendelt s az ügy a tárgyalandó ügyek jegyzékébe felvétetett (mise au rôle): az alperes avoué-ja az előkészítő iratok váltása (défenses) után vagy az erre megállapított határidő elteltével, zárindítványt (conclusion motivée) nem terjeszt elő azon a tárgyalási határnapon, a melyen őt a zárindítvány előterjesztésére a felperes avoué-ja felhívta (avenir). Ha az alperes avoué-ja ekkor a zárindítványt elő nem terjeszti, a felperes avoué-jának kérelmére a bíróság ellene meg nem jelenés miatt itéletet (jugement par défaut) hoz. Ha ellenben az alperes, itt csak ezt tartjuk szem előtt, a zárindítványt beterjesztette, ellene többé meg nem jelenés miatt itélet nem hozható, még akkor sem, ha ügyvédje (avocat) az ügy szóbeli tárgyalására meg sem jelent. V. ö. Garsonnet Traité II. 268—295. l. és V. 338. s k. ll. Az itéletek közt, melyek az alperes mulasztása miatt hozhatók, az a különbség, hogy az első esetben, a meg nem jelenés (faute de comparaitre) esetében hozott itélet az alperest kevésbé sujtja mint a második esetben, mert akkor az itélet mindig neki kézbesítendő hivatalból, a felperes végrehajtást ama itélet alapján csak hat hónapon belül kérhet és ellene az alperes ellenmondással (opposition) hosszabb ideig élhet. L. Garsonnet: i. m. V. 396. s k. ll. — Ezen jogok szerint is, úgy miként a mi régebbi és jelenlegi jogunk szerint a perbebcsátkozásra *határnap* van kitűzve, máskép volt ez a német közönséges jogban, hol a perbebocsátkozásnak egy bizonyos *határidőn* belül kellett történnie. Erről még alább is fogunk szólani.

tás következményét alkalmazni. E következmény a mi jogunk, s általában a modern jogok szerint beáll, ha az alperes *egyszeri* idézésre nem jelenik meg; de feltételeztetik, hogy megjelenhetett volna és csak olyan tények alapján áll be, melyek az alperessel az idézési kérelemben közölve lettek. Ha ezen feltételezések valamelyike hiányzik, a bíróság a mulasztás következményének kimondását hivatalból megtagadja. (S. E. 54. §. 2—4. p.; Terv. 450. §. 2—4. p.)[1]

*b)* Mulasztást követhet el a kereset tekintetében a felperes is az által, hogy keresetét *kitüzött határnapon*, elő nem terjeszti. E mulasztás is az eljárás különbözőségéhez képest másmás körülmények közt történik. Szorosan véve, a rendes perben a kereset elő nem terjesztésének mulasztása a felperest nem is éri. Itt ugyanis a felperes idézési kérelme kereset jellegével bir, a perfelvételi határnapon a felperes nem ismétli ujból az idézési kérelemben előterjesztett kérelmét, hanem csak arra szorítkozik, hogy az alperes elleniratát átvegye. (T. 130. §.[1]; 132. §.[3]) E mulasztás következménye itt az, hogy a bíróság a tényalapot, ha azt az alperes tagadja, valótlannak fogja venni, a mennyiben a keresethez csatolt bizonyító eszközökből annak valódisága ki nem tünik és ugyanezen feltétel mellett az alperes által felhozott kifogásokat valóknak fogja tekinteni, a nélkül, hogy azokat az alperesnek bizonyitania kellene. Ez az értelme a T. 111. §.[2]-nek. Ugyanez a következmény áll be akkor is, ha a felperes a perfelvételi határnapon az elleniratot átveszi ugyan, de válasziratát az erre megállapitott határidő utolsó napján a pertárban, az erre a czélra kitüzött órákban be nem adja, holott az alperes annak átvételére jelentkezett. Mind a két esetben azonban szükséges, hogy az alperes a mulasztás következményeinek kimondását kérje. (T. 143. §.)

[1] Ezen rendelkezések a rendes eljárásra nem terjednek ki, ilyen tág körben, habár az egyszeri idézés itt is nyer alkalmazást. A régebbi jogok a túlszigort *többszörös* idézéssel hárították el, l. WIEDING: i. m. 300. s k. l. WETZEL: i. m. 613. l. melyet a mi régebbi jogunk is ismert FRANK: i. m. II. 107. l. o. jegy., és egyházi bíróságaink is követtek, KHLÓSZ: i. m. 47. s k. ll. Ennek azonban ismét más hátrányai voltak. A franczia jog szerint a bíróság a mulasztás következményeinek kimondását megtagadhatja az alperes kérelmére vagy hivatalból, de az esetek felsorolva nincsenek. GARSONNET: Traité V. 353. l. A S. E. és a Terv. rendelkezése némi bővítéssel a német perrendből van átvéve. 300. §. L. még osztrák perrend 402. §.

E mulasztás jellegéről alább fogunk szólani. De kitünik az elmondottakból is annyi, hogy a mi rendes perünkben a kereset előterjesztésének elmulasztásáról nem lehet szó, hanem csak ott, a hol a perfelvételi határnapon a kereset előadása szükséges, miként ez a szóbeliségen alapuló perjogokban általában előfordul akkor, midőn a bíróság csak a tárgyaláson *szóval* előadottakat veheti figyelembe; a bíróság itt keresetnek csak azt a kérelmet tekintvén, a melyet a felperes a perfelvételi határnapon előterjeszt, az idézési kérelemben előterjesztett kérelem annak csupán előkészítése. Erre az álláspontra helyezkedik a S. E. 26. §-a s a Terv. 183. §-a. Ennek a most előadott megkülönböztetésnek az a jelentősége, vajjon az idézési kérelemben vagy pedig a perfelvételi határnapon előterjesztett kérelem, tekintessék-e oly alapnak, a melyre az alperes perbebocsátkozó nyilatkozata vonatkozhatik s vajjon ennélfogva a peralapitás már az által van-e befejezve, ha az alperes arra nyilatkozik, a mit a felperes az idézési kérelemben vagy pedig a perfelvételi határnapon előadott? Az előbbi felfogást, mint láttuk, követi jelenlegi perjogunk a rendes, az utóbbit a sommás eljárásban, s ezt fogadja el általában a Terv.[1] Hogy ezen

[1] Régi perjogunk a keresetnek a perfelvételi határnapon való előadását szintén megkivánta. Ez abból állott, hogy a felperes a felek által felveendő perfelvételi jegyzőkönyvhöz az alperessel közölt keresetlevelet csatolta. Ez volt a *levata*. Frank: i. m. II. 105. l. Ennek az irásbeliségen nyugvó perjogokban, nem volt alapja. Mert, ha csak az a döntő, a mit a fél irásban előad, és ezt az idézési kérelemben előterjesztette s ha ezen még az idézés után sem akar változtatni: akkor alig tudjuk belátni, hogy mire való, a felperestől a perfelvétel czéljából még újabbi irásbeli nyilatkozatot kivánni? Ez az oka annak, hogy idővel a német közönséges perjogban a keresetnek ismételt előadásától teljesen eltekintettek s a *perfelvétel az alperes nyilatkozatával a keresetre*, kezdődött. Sőt a perfelvételi tárgyalás is elmaradt. Az alperes nem tartozott egy bizonyos *határnapon* a bíróság előtt megjelenni s elleniratát beadni, hanem ezt egy bizonyos *határidőn* belül a bíróságnál benyújtani kellett, mely azután a felperessel közöltetett. L. Wetzel: i. m. 897. s k. l. különösen pedig Bayer: i. m. 645. l. Ennélfogva a felperes megjelenéséről a perfelvételi tárgyaláson s ennek elmulasztásáról sem lehetett szó, a mint tényleg Bayer: i. munkájában erről egy szóval sem emlékszik meg. Ezt fogadta el az 1781. évi osztrák perrend, s ez be lett hozva az 1840 : XXII. t.-cz. 65., 66. §-a által a mi csödperünkbe s mint fentebb láttuk a jelenleg is érvényben levő rendes perünkbe. E legutóbbit illetőleg csak azt jegyezzük még meg, hogy a felperest egy perfelvételi határnapon pusztán az ellenirat átvétele czéljából a bíróság elé a mulasztás következményeinek terhe alatt

utóbbi esetben a perfelvételi határnapon a kereset egész terjedelmében adassék elő, az nem mulhatlanul szükséges, névszerint akkor nem, ha az idézési kérelemben előterjesztett indokolást a felperes változtatás nélkül fentartja. Elegendő, ha erre a felperes csak utal, miként ezt a Terv. 183. §-a is kimondja, a kereset egész terjedelmében való előadása csak akkor kivántatván meg, ha ezt a bíróság elrendeli.

A szerint, a mint a perfelvételi határnap csak az alperes elleniratának benyujtására vagy pedig a felperes keresetének ismételt előadására is szolgál: különbözőknek kellene lenniök a felperes mulasztása következményeinek is. Az előbbi esetben, miután a felperesnek érdemleges teendője nincs, hanem a felperes jelenléte csak az ellenirat átvételére szükséges: a felperes ellen a mulasztás következményeit nem is kellene alkalmazni. A benyujtott ellenirat a felperesnek egyszerüen kézbesithető volna, s a felperes csak az által követne el mulasztást, ha az alperes elleniratára egy bizonyos határidőn belül nem nyilatkoznék. De fentebb kifejtettük, hogy a T. nemcsak az utóbbi, hanem az előbbi időpont elmulasztásához is füz következményeket, még pedig mind a kettőhöz ugyanazokat. Maguk a következmények azonban, melyeket fentebb szintén megismertettünk, egészen helyesek. Mert, ha már az a kereset, a mit az idézési kérelem tartalmaz, úgy, hogy az alperes perbebocsátkozása ennek tartalmára történik: akkor egészen helyes a felperes mulasztásához azt a következményt fűzni, hogy

fárasztani, teljesen felesleges. A tiszta irásbeliségen nyugvó perben a kereset ismételt előadásának csak akkor van értelme, ha a felperes keresetét *megváltoztatja* az ellenirat beadása előtt. De ez tulajdonképen nem is ismétlés, hanem új kereset. — Máskép áll a dolog ott, hol az irásbeliség mellett a szóbeliség is érvényesül, úgy hogy csak a szóval előadott a mérvadó. Így a franczia perjog szerint szükséges, hogy a felperes keresetét először az alperressel közölje, azután pedig a zárindítványban a tárgyaláson előterjessze. A felperes, ellentétben az alperessel,csak akkor követ el mulasztást, ha ez utóbbit nem teszi (faute de conclure) GARSONNET: i. m. V. 382. l. A *német perr.* szerint is a felperes keresetét nemcsak az idézési kérelemben terjeszti elő, hanem az első tárgyaláson 264. és 128. §§. Az eljárás alapjául csak az utóbbin előadott kereset szolgál. Sajátszerű az *osztrák perrend* álláspontja. Itt az első tárgyaláson a kereset előadása nem ismételtetik, habár az alperes perbebocsátkozása ekkor történik az idézési kérelemben közölt kereset alapján. L. 239. §. A felperes jelenléte ezen a tárgyaláson nem ugyan a kereset előadása czéljából, hanem más czélból mégis szükséges.

a kereset tényalapja valótlannak tartatik, ha azt az alperes tagadja, feltéve, hogy valódisága a keresethez csatolt bizonyító eszközökből ki nem tünik és ugyanezen feltétel mellett az alperes kifogásait bizonyítás nélkül is valóknak elfogadni. Ennek következtében a bíróság a felperest keresetével az érdemben fogja elutasítani. Az *érdemleges elutasító itélet* volna ezen esetben a felperes mulasztásának végső és rendszerinti, de nem szükségképi következménye. Mert, ha a bíróság a felperes keresetét a melléje csatolt bizonyító eszközök által bebizonyítva látja vagy ha az alperes kifogásai már önmaguktól is megdőlnek, a bíróság a tagadás, illetve kifogás daczára sem fog elutasító itéletet hozni, hanem a felperes keresete értelmében fog itélni.

Nem volna szabad ezen következményt füzni a felperes mulasztásához a második esetben, midőn a perfelvételi határnapon a kereset előadása is szükséges s az alperes perbebocsátkozása az itt előadott keresetre történik. Nem azon oknál fogva, mert, ha a felperes előterjesztést az elmulasztja, nincs kereset, s így az alperesnek nincs mit tagadnia, illetve kifogásolnia. Helyesen a mulasztás következménye ekkor csak az lehetne, hogy a bíróság az alperes kérelmére a pert *létre nem jöttnek mondaná* ki s az alperest azon előzetes perbeli lekötelezés alól, melyet reá nézve az idézési kérelem kézbesítése előidézett, feloldozná. A következmény tehát csak a *pertől való felmentés* (absolutio ab instancia) lehetne, de nem itélet az ügy érdemében, miként az első esetben. Tényleg ezt a felfogást követi a Terv. 447. §-a melynek értelmében, ha a perfelvételi határnapot a felperes mulasztja el, az idézés az alperes kérelmére végzéssel feloldandó.[1] A feloldás azonban csak azon feltétel alatt történik, hogy a felperes az elmulasztott határnaptól számítva 15 nap alatt ujabb idézést nem kér. Kevésbé következetes a S. E. 50. §-a. E szerint az alperes választása szerint mind a két következmény érheti a felperest. Az alperes ugyanis vagy azt kérheti, hogy a bíróság tagadása, illetve kifogásai alapján az ügy érdemében hozzon itéletet vagy pedig azt, hogy a keresetet végzéssel vesse vissza. E visszavetés azonban épen úgy mint fentebb, csak feltételes.[2]

[1] L. még ennek minden tekintetben helyes indokolását 61. l.

[2] Régi jogunk szerint, ha a felperes a perfelvételi tárgyaláson meg nem jelent az alperes a perfelvételi jegyzőkönyvhöz a kereset másod-

Az előbbi következmény azonban a sommás eljárásban s általában ott, hol csak a perfelvételi határnapon előadott kérelem tekintetik keresetnek, nemcsak következetlen, hanem méltánytalan is, mert a felperesre egy megengedett cselekvény nem teljesítése miatt ugyanolyan következményt rónak, mint az alperesre egy kötelességszerű cselekvény elmulasztása miatt. Ebből a szempontból a felperesre a mulasztás következménye nem lehet más mint az, hogy a kereset elő nem adottnak tekintendő. Az ellenkező következmény, hogy a felperes érdemben elutasíttassék csak egy képzelem utján foglalhatna helyt, hogy a mulasztó felperes úgy tekintessék, mintha keresetét előterjesztette volna. E mellett azonban semmi czélszerűségi ok sem hozható fel. S ezzel megdől a felek egyenlő elbánásának érve is, melyet ama rendelkezés mellett felhozni szokás, hogy a mennyiben a felperes a perfelvételi tárgyaláson keresetét előadni elmulasztja, ő az alperes kérelmére az ügy érdemében elutasitandó, illetve az ügy érdemében itélet

példányát csatolván (levata ex paribus), a felperesnek az ügy érdemében való elutasítását kérte. V. ö. FRANK: i. m. II. 105. l. A mulasztás következménye tehát érdemleges elutasítás volt. A közönséges német jog szerint a felperes mulasztásáról, miután sem a kereset ismétlése sem puszta megjelenése az ellenirat átvétele czéljából nem kívántatott, a per ezen szakában nem lehetett szó. Ugyanez áll az 1871. évi osztrák perrendre is (36. §.) A Justinianus-féle római jog szerint szükséges lévén, hogy a felperes keresetét a perfelvételi tárgyaláson szóval is előadja, az alperes választása szerint kétféle következmény állott be, ha a felperes a szóbeli előadást elmulasztotta: vagy a pertől való felmentés, l. 73. §. 1. 2. D. 5. 1. vagy tárgyalás az ügy érdemében a felperes részvétele nélkül, miután az utóbbi háromszor siker nélkül idéztetett. Nov. 112. c. 3. Ezt az utóbbi szabályt követte a canonjog is. c. 3. X. 2. 14. A franczia perrend 154. §-a szerint, mely azonban nincs jól szövegezve, ha a felperes avoué-ja a kitűzött tárgyaláson zárindítványát előadni elmulasztja, az alperes a pertől való felmentést (congé de la demande) kérhet. V. ö. GARSONNET: i. m. V. 382. l. Egészen következetlen és helytelen rendelkezése van a német perrendnek, melynek 295. §-a szerint a mulasztó felperes az alperes kérelmére keresetével *érdemlegesen elutasitandó.* E §. indoka, hogy a felek mulasztás esetén egyenlő elbánásban részesítendők HAHN: Materialien stb. II. 1. 293. l., mint fentebb kifejtettük, tarthatatlan. Megegyező rendelkezést tartalmaz az *osztrák* perr. 369-§-a, azzal az eltéréssel, hogy az elutasítás csak akkor be áll, ha az ellenkezőre bizonyíték nincs. Az indok itt is a felek helyzetének egyenlősége. A kormányjavaslat rendelkezése ellenkező volt. (412. §.) L. még Gemeinsamer. Bericht 11. s k. ll.

hozandó. Mert az egyenlőség ezen irányban, egyenlőtlenséget idéz elő egy másikban. Kétségkivül a megjelent alperesnek érdekében állhat, hogy a meg nem jelent felperessel szemben érdemleges itéletet nyerjen. E czélra azonban nem szükséges az, hogy a felperes pusztán meg nem jelenése miatt keresetével elutasittassék, hanem elegendő, ha az alperesnek megengedtetik, miként ezt a Terv. 447. §-a is teszi, hogy a jogviszonynak nem létezése iránt, melyből a felperes elmarasztalás vagy tevőleges megállapítás iránt pert támasztott, nemleges megállapítás iránt keresetet inditson. Az általunk helyeselt következmény ellen az sem szól, hogy a bíróság a perfeltételére nemcsak az alperest, hanem a felperest is megidézi. Ezen idézés azonban a per helyes fogalma szerint a felperesre nézve nem lehet parancs, nem lekötelezés a megjelenésre és a keresetelőadásra,[1] hanem csak engedély erre. Az első idézés csak az alperesre parancs. (l. 153.l.) Ha a felperes ezen megengedett cselelekvénynyel bármily okból nem él, nem szükséges őt elutasitani, hanem teljesen elegendő, ha az alperes már létrejött perbeli kötelezettsége alól feloldatik s javára a felperes az okozott költségekben elmarasztaltatik. Itt még csak azt említjük fel, hogy akármelyik következményt is fogad el valamely törvény, mindig szükséges, hogy az alperes annak kimondását kérje (accusatio contumaciæ.

## 50. §. Makacssági itélet.

Ezek szerint a bíróság egy sajátszerű eljárás után hozza meg határozatát, ha az alperes, illetve a felperes mulasztást követ el. E határozat az alperes mulasztása esetében érdemleges határozat, itélet, mely rendszerint, a Terv. 448. §-a szerint mindig, a kereset értelmében az alperes elmarasztalása, tevőleges vagy nemleges megállapitás az alperessel szemben. A felperes mulasztása esetén, a követett rendszer különbözőségéhez képest vagy a felperes elutasítása érdemben itélettel vagy az alperes feloldása a per alól egy pervezető határozattal. Az érdemleges határozat, az itélet, melyet a bíróság az alperes, illetve a felperes mulasztása esetében hoz, jogi természetét tekintve, azokkal az itéletekkel, melyeket a bíróság az ügy érdemében hoz akkor, midőn egyik fél sem követ el mulasztást,

[1] Az ellenkezőt vitatja Wach: Vorträge 167. l.

teljesen egyenlő. Gyakorlatunkban régtől fogva *makacssági itéletnek* nevezik, ujabb törvényeink azonban s a Terv. is [1] ezt a kifejezést czélzatosan kerülik. Igaz, hogy e név a gondolatot, melynek megjelölésére szolgál, nem fejezi ki jól. Nem azért hozza meg a bíróság a makacssági itéletet, mintha a mulasztó fél a bírósággal szemben makacskodnék, annak ellenszegülne, azt megvetné, mint ezt általában régebben feltételezték, hanem azért, mert a mulasztó indulatától eltekintve, a mulasztásban a bíróság iránti nyilatkozási kötelességnek nem teljesítése rejlik. Ezt szem előtt tartva, nem látunk okot arra, hogy ezt a kifejezést, jobb hiányában, mint műkifejezést ne használjuk, midőn más esetekben is élünk elnevezésekkel, melyek a gondolat tartalmát nem fejezik ki teljesen.

Jelenlegi jogunkban a makacssági itéletnek a hatálya is más itéletek hatályával teljesen egyenlő. Azt a megszorítást, a melyet a külföldi jogok mintájára régebbi jogunk tartalmazott, hogy a fél, a ki ellen a makacssági itélet hozatott felebbezéssel nem élhet (contumax non appellat),[2] ujabb jogunk megegyezőleg a külföldi jogokkal nem ismeri. A S. E. azonban ezt a szabályt bizonyos szűk határok közt visszaállitja, mert 128. §-a szerint a makacssági itélet csak bizonyos a törvényben megjelölt okoknál fogva támadható meg felebbezéssel. Ezek: 1. a törvény értelmében mulasztás esete fenn nem forog; 2. valamely hivatalból figyelembe veendő pergátló körülmény forog fenn, avagy az itéletben vagy az ennek alapjául szolgáló eljárásban valamely más lényeges eljárási szabály helytelenül mellőzve lett vagy volt alkalmazva; 3. valamely anyagi jogszabály épen nem vagy, nem helyesen volt alkalmazva. — Jelenlegi perjogunk rendelkezése a makacssági itéletek tekintetében sokkal szigorubb, mint volt a régieké és más ujabb jogoké. A régibb jogok ugyan a makacssági itélet meghozatala után nem nyujtottak orvoslást a mulasztó félnek, de neki több alkalmat nyujtottak a mulasztás elkerülésére, a mennyiben mint fentebb érintettük is, a felet csak többszöri idézés után tekintették mulasztónak. Ujabban a többszöri idézés elmarad, de a makacssági itélettel szemben igen könnyű orvoslást nyujtanak. Jelenlegi jogunk azonban sem az egyiket sem a másikat nem teszi. A makacssági itéletek ellen is

[1] L. az indokolást 237. l. De maga az indokolás gyakran használja.
[2] Frank: i. m. II. 108., 259. ll.

csak ugy mint más itéletek ellen csak a felebbezés és az igazolás vehető igénybe, sőt az előbbinek használata a sommás perben még meg is van szorítva.

A könnyü orvoslás, a melyet az ujabb perjogok a makacssági itélet ellen nyujtanak, az *ellenmondás*. Ez abból áll, hogy ha a fél bizonyos záros határidőn belül és bizonyos alakszerűségek mellett kijelenti, mikép a makacssági itéletet magára nézve hatályosnak tekinteni nem akarja: az itélet hatályát veszíti s az az állapot áll helyre, mely a makacssági itélet előtt fennállott. Ennek következtében a makacssági itélet hatályának megszüntetése egészen a mulasztó fél kezébe van letéve. Más birói határozat hatálya nem függ attól, vajjon azt a fél hatályosnak tekinteni akarja-e; de egyenesen ettől függ az ujabb jogok szerint a makacssági itéleté s ebben rejlik rendkivülisége. Pusztán czélszerűségi kérdés, vajjon az ellenmondást csak az alperes vagy pedig a felperes mulasztása esetében is alkalmazzuk-e vagy pedig nem jobb-e azt egészen kizárni? Erről az utóbbbi kérdésről a perorvoslatokról szóló fejezetben fogunk nyilatkozni; itt csak azt óhajtjuk felemliteni, hogy a Terv. szerint csak a mulasztó alperes veheti igénybe, midőn a makacssági itélet ellene azért hozatott meg, mert a perfelvételi tárgyaláson nem jelent meg, de nem akkor is, midőn megjelent ugyan, de nyilatkozni elmulasztott és akkor sem, midőn az alperes ellenmondással élvén, a bíróság ujabb perfelvételi határnapot tüzött ki s az alperes ezen ismét nem jelent meg. (468., 473. §§.) Ezen utóbbi esetben az alperes a lényegre nézve ugyanazon korlátok közt, mint a fentebbiek szerint jelenleg a sommás perben csak felebbezéssel élhet (505. §.) és a törvényes feltételek mellett igazolással is. Nincs helye ellenmondásnak egy későbbi vagy felebbezési határnap elmulasztása miatt. A felperes azonban a perfelvételi határnap elmulasztása miatt sem élhet ellenmondással. Igaz, hogy erre, miután a bíróság nem hoz ellene makacssági itéletet, nem utasitván őt el érdemben, hanem csak a perindítás hatásait szünteti meg, nincs is annyira szüksége, mint az alperesnek. A mulasztó felperes ujabb pert indíthat s ha ezt a mulasztástól számított 15 napon belül teszi, a korábbi perindítás hatásai is megmaradnak. Ez okból fölösleges volna megengedni, hogy a felperes az idézést feloldó végzést ellenmondással is megtámadhassa és a korábbi idézés érvényét fentartsa, mert a fentebbi módon az ujabbi perindítással ugyanezt a hatást éri el. A Terv. az ellenmondás

szabályozásánál középutat követ azon perjogok közt, melyek azt igen széles körben alkalmazzák s azok közt, melyek azt egészen kizárják.[1]

[1] Az ellenmondás franczia eredetű. Franczia neve *opposition*. Ismerte már a középkori franczia szokásjog, tüzetesen, az utolsó fokon hozott itéletekre korlátolva, szabályozta az 1667. évi ordonance, gyakorlatban azonban versenyzőleg a felebbezéssel az első fokú bíróság itéletei ellen is megengedték. Részletesen van szabályozva a franczia perr. 157—165. §-aiban. Az alperes ellenmondással élhet, ha avoué-t rendelni elmulasztott és ha az avoué-ja a zárindítványt mulasztotta el előadni; a felperes csak az utóbbi esetben élhet ellenmodással. Figyelemre méltó, hogy a felperes ellenmondással élhet, habár mulasztása miatt csak az idézés oldatik fel s nem utasíttatik el érdemlegesen. De ezt nem kell tennie, hanem kérhet egyszerűen ujabb idézést. Az ellenmondás helyt foglal a kivételes bíróságok előtt is; a békebiró (juge de paix) előtti eljárásban azonban az alperes ismételten megidéztetik (reassignation), ha a törvényes idézési időköz nem lett betartva. 5., 19. §§. Az első fokú bíróság által hozott makacssági itélet nemcsak ellenmondással, hanem felebbezéssel is megtámadható, melyet a mulasztó fél csak az ellenmondásra megállapított határidő elteltével nyujthat be. 455. §. A felebbezési bíróság (cour d' appel) által hozott makacssági itéletek is megtámadhatók ellenmondással, de a további felebbezés ki van zárva. Az ellenmondás a franczia jog szerint csak *felfüggeszti* a makacssági itélet végrehajtását de nem helyezi hatályon kívül, sőt veszély esetében az ellenmondás daczára is végrehajtható 155. §. — A *német perrend* szerint nemcsak a mulasztó alperes, hanem a mulasztó felperes is élhet ellenmondással (Einspruch), a mi természetes, mert a mulasztó felperes az érdemben utasíttatik el. Nemcsak a perfelvételi hanem későbbi határnap elmulasztása miatt is van ellenmondás, úgy, hogy az elsőfokú bíróság előtt ugyanazon mulasztó fél ismételten is élhet ellenmondással. Az ellenmondás mellett a felebbezés ki van zárva; a makacssági itélet csak akkor támadható meg felebbezéssel, ha már az ellenmondás ki van zárva. Ki van zárva akkor, ha a mulasztó fél azt a határnapot mulasztja el, melyre az ellenmondás tárgyalása kitűzve vagy elhalasztva lett. Ellenmondással a felebbezési bíróság makacssági itélete is megtámadható. 303—310. §. 474., 504. §§. Nevezetes itt még az, hogy az első makacssági itélet ellen beadott ellenmondás, ezt az itéletet hatályától egészen megfosztja, de a későbbiek ellen beadott ellenmondás nem, ezek előzetesen az ellenmondás daczára is végrehajthatók. 648. §. 3. p. Kétségkívül a franczia és a német perjog az ellenmondást sokkal tágabb kürben engedik meg, mint ez szükséges volna. Ennek visszahatása gyanánt tekintendő az, hogy az osztrák perrend az ellenmondást egészen kizárja, s a makacssági itélet ellen úgy mint jelenlegi jogunk csak igazolást enged és felebbezést minden korlátozás nélkül.

## 51. §. Mulasztás a kifogások és ellenkifogások körül.

Áttérünk most annak a másik esetnek az ismertetésére, hogy a mulasztás a kifogásokra, illetve az ellenkifogásokra való nyilatkozás tekintetében követtetik el. Ennél a kérdésnél az alperes és a felperes mulasztása között nem kell többé különbséget tenni, mert akár az egyik akár a másik követi el, ugyanazon elbirálás alá esik. Ez a mulasztás csak a peralapítás után fordulhat elő. Nem lehet szó arról, hogy a felperes elmulasztana az alperes kifogásaira nyilatkozni, mielőtt az alperes perbebocsátkoznék, mert ezt megelőzőleg nincs még alperesi kifogás. A felperesnek ellenkifogásokat tenni, szintén csak a peralapítás után van alkalma, s igy az alperes is azokra nyilatkozni csak a peralapítás után mulaszthat el. Más tehát itt a helyzet mint a peralapítást megelőző mulasztásnál. Ha az alperes mulaszt el perbebocsátkozni, a bíróság a kereseti tényalapot valónak veszi; ellenben ha a felperes az idézési kérelmét már előterjesztette, mulasztást csak a tekintetben követhet el, hogy ezt, mint keresetet ujból elő nem adja. Helyesen, mulasztásának következménye itt nem lehet más mint az, hogy a per létre nem jön, mert kereset nélkül nincs per. Hogy a felperes idézési kérelme ezen esetben keresetnek is tekintessék s ezzel érdemlegesen elutasíttassék, egy nem indokolható kivétel. Vagy pedig a felperes idézési kérelme, miként a tiszta irásbeli pereknél általában s nálunk a rendes perben is keresetnek tekintetik. De akkor a felperes mulasztásáról a peralapítás körül nem lehet szó. Itt csak az alperes követhet el mulasztást az által, hogy a perbe nem bocsátkozik, de nem követheti el a felperes. Ez csak a peralapítás után követhet el mulasztást az által, hogy az alperes kifogásaira nem nyilatkozik, miként ezt a német közönséges jogra nézve helyesen felismerték s mint ezt fentebb ki is fejtettük. Nem igy azonban a T-unk. Ez a felperes megjelenését kivánja a perfelvételi határnapra, egy egészen alárendelt cselekvény, az alperes elleniratának átvétele czéljából. Ha nem jelenik meg, mulasztásához ugyanazt a következményt füzi, mint a mikor az alperes elleniratára válaszziratot adni elmulaszt, midőn tehát a peralapítás után követ el mulasztást.

II. A peralapítás után mulasztásról csak akkor lehet szó, ha az alperes *kifogásokkal*, a felperes *ellenkifogásokkal* s igy tovább, élt. Nyilatkozási kötelesség az ellenfelet csak a kifogásokkal és

ellenkifogásokkal szemben terheli, mulasztást is csak ezekkel szemben követhet el. Ha az alperes a kereset tényalapját, a felperes az alperes kifogását, az alperes ismét a felperes ellenkifogását stb. beismeri vagy pedig tagadja, mint tudjuk, nincs további nyilatkozásnak helye. Az első esetben azért nem, mert a bizonyítandó tény valónak tartandó, az be van bizonyítva, s igy a nyilatkozás czélja elesik. A másik esetben azért nem, mert a tagadott tény valódiságát további nyilatkozással bizonyítani nem lehet.A félnek tehát az ellenfél tagadása után nem kötelessége tovább nyilatkozni a tagadásra, hanem, ha pernyertes akar lenni, bizonyító eszközöket kell neveznie. A további nyilatkozás a kifogásokkal, illetve ellenkifogásokkal szemben azért szükséges, mert attól függ, hogy különös bizonyító eljárás a perben szükséges-e vagy sem. Épen ezen okból van a nyilatkozás kötelességgé téve.

Ha ezt a nyilatkozást az arra kötelezett fél elmulasztja, a következmények különbözőképen állapíthatók meg. Könnyebb megértetés kedvéért tartsuk előbb szem előtt a felperest. A felperes elmulaszt az alperes kifogására nyilatkozni. Ennek vagy az a következménye, hogy a bíróság az alperes kifogását valónak veszi bizonyítás nélkül is, vagy pedig az alperes kifogásának bizonyítására bocsáttatik, s azt csak bebizonyítás után veszi valónak. Csak ez a két lehető út van nyítva az alperessel szemben, midőn ez a felperes ellenkifogására, s a felperessel szemben, midőn ez az alperes további ellenkifogására elmulaszt nyilatkozni. S igy általában mondhatjuk, hogy a nyilatkozás elmulasztásának vagy az a következménye, hogy a kifogás, illetve ellenkifogás bizonyítás nélkül is valónak vétetik vagy pedig nem vétetik annak s igy a félnek, a ki felhozza, azt bizonyítania kell.

Jelenlegi jogunk mind a két fél tekintetében az előbbi következményt fogadja el. A kifogás, illetve az ellenkifogás, melyre az ellenfél nyilatkozni elmulasztott, bizonyítás nélkül is valónak vétetik. (T. 159. §. S. E. 61. §. Terv. 273. §.) Ezen rendelkezések folytán a bizonyítási eljárás elmarad, s a per a másik mulasztó fél közreműködése nélkül foly le. Ennélfogva a peralapítás utáni mulasztásnak s az alperes azon mulasztásának, hogy a perbe nem bocsátkozik, következménye mindig ugyanaz; az eljárás is megegyezik abban, hogy a per mulasztó fél közremüködése nélkül foly le, különbség csak abban lévén, hogy itt a mulasztó fél közreműködése a per rövidebb tartamára van kizárva. A következmény,

mely a mulasztó felet peralapítás után éri, rendszerint annak perveszteségét is idézi elő. Ha a bíróság, elmulasztván a felperes a kifogásra nyilatkozni, ezt valónak veszi: ennek az lesz a következménye, hogy a kereseti kérelmet elutasítani fogja, mert tudjuk, hogy a kifogás a kereset érvényesítését kizárja. Ha pedig a felperes ellenkifogással él, s erre az alperes nem nyilatkozik: a bíróság az ellenkifogást valónak vevén, ki lesz zárva az alperesi kifogás hatálya, elesik tehát a kereset érvényesítésének akadálya, s igy a bíróság a kereset értelmében fog határozni. Az egyik, illetve a másik végkövetkezmény megfelelően ismétlődik, ha a felek a további ellenkifogásokra nem nyilatkoznak.

III. Mig ezen eljárás folyamán a bíróság itéletet hoz, hosszabb gondolatfolyamatot kell lebonyolítania, mint akkor, midőn az alperes a keresetre elmulaszt perbe bocsátkozni, mert több azon gátló tény, melyek a kereset útjában állanak és melyekkel a bíróságnak számolnia kell. Ennek daczára azonban itélete még sem egyéb mint *makacssági itélet,* épúgy mint akkor, midőn az alperes mulaszt el perbebocsátkozni. Amott is ugy mint itt a bíróság az itéletet a mulasztó fél közremüködése nélkül és a bizonyitási eljárás kizárásával hozza meg. Igy tehát, s ez egy fontos tétel, a végeredményben *nincs a peralapítás utáni mulasztás a kifogások és ellenkifogások tekintetében, s az alperesnek a perbebocsátkozásra vonatkozó mulasztása között különbség.* S e tekintetben az sem lehet döntő, hogy a fél minő körülmények közt követi el a mulasztást: vajjon azon határidőben vagy határnapon, a melyen kifogását vagy ellenkifogását előadnia kellett volna, a szükséges periratot nem nyujtotta be, illetve nem jelent meg, vagy ezt tette, de perirata vagy nyilatkozata mást tartalmazott s nem a kifogást, illetve ellenkifogást? Ez az u. n. *hiányos cselekvés.*

Ezen eredményt a tételes perjog szempontjából is kell elfogadnunk. Különbséget itt csak a tekintetben találunk, hogy a mulasztás ezen következménye nincs egészen azonos feltételekhez kötve. Nevezetesen, a mi rendes perünkben különbség annyiban teendő, hogy a mennyiben a fél kellő határidőben periratát, még pedig a felperes válasziratát, az alperes végiratát, a felperes ismét ellenvégiratát be nem nyujtja: a mulasztás következménye ellene csak akkor áll be, ha a másik fél, a ki a perirat átvételére jelentkezett, az ügynek itélet alá terjesztését kérte (accusatio contumaciae), mig ezt nem teszi, a mulasztó fél nyilatkozatát pótolhatja (purgatio

contumaciae). T. 143. §.[1] Ha ellenben a mulasztó fél periratát ugyan beterjesztette, de ebben ellenkifogását elő nem terjesztette, a mulasztás beáll, a nélkül, hogy a másik félnek a mulasztás figyelembe vételét a bíróságtól kérnie kellene. Erre vonatkozik a fentebb idézett 159. §. Ennek a különbségnek az okát könnyen átláthatjuk, ha figyelembe vesszük, hogy akkor, midőn a fél periratát beadta, de abban ellenkifogását előterjeszteni elmulasztotta, a mulasztást helyre hozni nincs alkalom. Most a másik félen lévén a sor periratot beadni, nagyon zavarná a per menetét, ha közbe a mulasztó fél hiányos cselekvényeit pótolhatná. Ha pedig a periratok száma már ki van merítve, akkor ebből az okból nem lehetséges a pótlás. Nem igy, ha a periratot beadni elmulasztotta. Ekkor a másik félnek nincs is mire nyilatkoznia. Nem idéz elő tehát a per menetén zavart az, ha a fél periratát utólag beadja. Ha a másik fél ezt ki akarja zárni, kérje az itélet alá terjesztést. A sommás perben és a Terv. szerint különbség van a között, vajjon a fél a tárgyalási határnapon meg nem jelent, illetve megjelent, de azon egyáltalában nem nyilatkozott és a közt, hogy megjelent, de a kifogásokra, illetve ellenkifogásokra nem nyilatkozott, hanem csak más előadásokat terjesztett elő. Az előbbi esetben a mulasztás következménye csak akkor áll be, ha a nem mulasztó fél annak kimondását kéri (S. E. 51. §.[1] T. 452. §.), de a következményt a mulasztó fél elháríthatja, ha a tárgyalás bezárásaig a szükséges kifogást, illetve ellenkifogást előadja. (V. ö. S. E. 53. §. T. 446. §.). Az utóbbi esetben a mulasztás következménye beáll, a nélkül, hogy kimondását a nem mulasztó félnek kérnie kellene ; de szükséges, hogy a bíróság a mulasztó felet a mulasztásra hivatalból figyelmeztesse. (V. ö. S. E. 61. §.[1] Terv. 230. §.[3]) Ez a megkülönböztetés is teljesen indokolt, kölönösen az, hogy a felet hiányes cselekvése miatt mulasztás csak akkor érje, ha mulasztását a bíróság felhívására sem hozza helyre, miután itt alakszerű perbeszédek nincsenek, tehát a pótlás a per menetét nem zavarja, és mert ama rendelkezés csak folyománya azon elvnek, hogy a szóbeliségen nyugvó perekben a bíróságot hatályosabb pervezetés illesse.

[1] Ha az a fél nem jelenik meg a határidő végső napján, a kinek a periratot — válasz-, vég- ellenvégiratot — át kell vennie, ellene a mulasztás következménye nem áll be. Máskép, mint láttuk, ha a felperes a perfelvételi határnapon az ellenirat átvételére nem jelenik meg.

IV. Ugy a T. szerint a rendes perben valamint a S. E. és a Terv. szerint a mulasztás következményének beállásához szükséges, hogy a fél a kifogást, illetve ellenkifogást, melyre nyilatkozni elmulasztott, ismerte legyen, azaz, hogy az vele kellőképen *közöltetett*. Ez általában a helyes elvek szerint minden mulasztás következményének nélkülözhetlen előfeltétele, mely alól csak a rendes perben a felperest illetőleg van egy nem eléggé indokolt kivétel, midőn az a perfelvételi határnapon nem jelenik meg. A közlés a rendes perben abból áll, hogy az illető fél a periratot a pertárban átveszi, illetve az neki kézbesíttetik (T. 132. §.[3—4]). A sommás perben a közlés abból áll, hogy a mulasztó félnek a kifogás, illetve ellenkifogás előterjesztéséről felvett jegyzőkönyv másolata kézbesíttetik (S. E. 54. §.[5]), a Terv. szerint pedig a kifogás, illetve ellenkifogás a mulasztó féllel egy előkészítő irattal közöltetik (452. §.[5]).[1]

[1] A Justinianus korabeli római jog a peralapítás utáni mulasztásnak következményeképen nem azt állapítja meg, mit a modern perjogok legnagyobbrészt, hogy a kifogás illetve ellenkifogás, melyre a fél nyilatkozni elmulasztott, valónak veendő. Az alperes a mulasztó felperes ellen kérhette a pertől való feloldozást vagy e helyett kérhette, feltéve, hogy a per lefolytatására megállapított három évi határidő vége felé járt, a per folytatását a felperes közreműködése nélkül, melynek folyamán kifogásait, illetve ellenkifogásait *bebizonyíthatta*. Csak ez utóbbit tehette a felperes, midőn az alperes mulasztott el nyilatkozni. L. 13. §. 2—5. C. 3. 1. A peralapítás utáni mulasztás miatt is helye volt tehát az eljárásnak *in eremodicio* mint akkor, midőn az a peralapítás előtt követtetett el. A lényegre nézve ugyanezen szabályokat fogadta el a canonjog (c. 20. X. 2. 1.) és a közönséges német jog. Ez utóbbiban azonban még különbséget tettek a között, vajjon a fél a nyilatkozást egyszerűen elmulasztotta vagy pedig megtagadta. Ezen utóbbi esetben az olasz jogászok befolyása alatt az a gyakorlat fejlődött ki, hogy a vonakodó fél ismételten felhívatott a nyilatkozásra olykép, hogy hozzá pontokba foglalt, határozott kérdések — *positiones, articuli*, intéztettek, melyekre ha nem nyilatkozott, úgy vétetett, mint a ki azokat *beismerte*. Ezt a tételt a canonjog is elfogadta. C. 2. in. VI, 2. 9. A fél egyszerű mulasztása esetében továbbra is a római jogból átvett tételeket alkalmazták. A német particularis jogok azonban legnagyobbrészt minden megkülönböztetés nélkül alkalmazták a *beismerés* következményét, mert ennek segélyével a per gyorsabban volt elintézhető. L. Wetzel: i. m. 622. s k. ll. Átvette az 1781. évi osztrák perrend is. (46. és 52. §§.) Ugyancsak a beismerés következményét alkalmazta régi jogunk is. A peralapitás után a további perbeszédeik bizonyos határnapokon voltak a jegyzőkönyvbe beirandók. Ezeken mind a két félnek kellett megjelenni s a pert újra felvenni (reassumptio). Ha ezt a felperes elmulasztotta, az

Itt még csak arra kell utalnunk, hogy az a tételünk, melynél fogva a peralapítás után kifogásokra, illetve ellenkifogásokra való nyilatkozás elmulasztásának következménye egészen azonos azzal, midőn az alperes elmulaszt a perbe bocsátkozni és hogy a bíróság itélete akkor is csak makacssági itélet: ellentétben látszik állani a S. E. 51. §.[2] és a Terv. 452. §.[4]-vel, melyek különösen arról rendelkeznek, hogy a korábbi tárgyaláson felvett bizonyítás eredménye a mulasztás daczára is figyelembe veendő. Ezek helyes értelméről a következő §-ban fogunk bővebben szólani. A makacssági itélet tekintetében azonban, melyet a bíróság a peralapítás után történt mulasztás folytán hoz, van eltérés a Terv. szerint azzal szemben, mely a peralapítás előtti mulasztás miatt hozatik meg. Egyrészt abban, hogy az alperes ellen, ha perbe bocsátkozni elmulaszt, mindig a kereset értelmében hozandó itélet (V. ö. 448. §.[1]), addig a fél, a ki a perbe bocsátkozás után mulaszt el a kifogásra vagy ellenkifogásra nyilatkozni, nem szükségképen pervesztes; másrészt pedig a peralapítás után hozott makacssági itélet ellen nincs ellenmondás, mert ez kizárólag arra az esetre van megengedve, midőn az alperes a perfelvételi tárgyalást mulasztja el. (468. §.)

alperes kérelmére a bíróság «*törlesztő itéletet*» hozott, a felperest úgy tekintvén, mintha követelésétől elállott volna. Ez itélet ellen csak perujításnak volt helye. Ha az alperes nem jelent meg, a bíróság a felperes kérelmére az eddig előadottak alapján itéletet hozott, mely «*fogyatkozó védelem okából*» elmarasztalás is lehetett. FRANK: i. m. II. 141. l. — A mi a jelenlegi külföldi jogokat illeti, ezek közül a *franczia perrend* szerint, a kifogásokra és ellenkifogásokra való nyilatkozás elmulasztásának következménye leginkább azon esetben tűnik szembe, midőn a bíróság az egyik felet a másik fél kérelmére, egy közbevetett eljárás útján *(incident)*, kiküldött biró vagy más közege által tüzetesen megjelölt kérdésekre kihallgattatja (interrogatoire sur faits et articles) vagy pedig, midőn a bíróság valamelyik felet akár hivatalból is személyes megjelenésre (comporution) maga elé idézi, hogy hozzá belátása szerint kérdéseket intézzen. Ha az illető meg nem jelenik vagy nem nyilatkozik, a bíróság a tényt, melyre a válaszadás elmulasztva lett. *belátása szerint valónak vehet* (330. és 119. §§.). Az illető tény tehát nem tartandó szükségképen beismertnek, mint a középkorban, habár bizonyos, hogy az interrogataire sur faits et articles, a középkori interogratiokból (positiones, articuli) fejlődött ki. A német perrendre nézve l. a következő §-t.

## 52. §. Nyilatkozás elmulasztása közvetett bizonyító tényekre és bizonyító eszközökre.

I. Egészen más kép tárul elénk mint az előző §§-ban, midőn valamelyik fél a nyilatkozást nem a kereset, a kifogások vagy ellenkifogások tekintetében mulasztja el, hanem valamely közvetett bizonyító tény iránt nem nyilatkozik, a melyet a másik fél használni akar, vagy a tekintetben nem nyilatkozik, vajjon a főeskü által való bizonyításnál, miután más bizonyító eszköz nincs, akarja-e az ellenfél által bizonyítandó ténynek valótlanságát saját nyilatkozatával bizonyítani, midőn végül egyes esetekben arra nem nyilatkozik, vajjon az ellenfél által használni kivánt bizonyító eszközt alkalmasnak tartja-e vagy sem?

A különbséget az a körülmény okozza, hogy a fél a kereset tényalapjára, a kifogásra, illetve ellenkifogásra nyilatkozott, de nyilatkozata abból állott, hogy azt *tagadta*. Ez által a félre, a ki a tagadott tényt felhozta, előáll a bizonyítási teher. Ez, mint tudjuk, nem kötelessége a félnek, hanem csak nyertességének előfeltétele s mely abból áll, hogy a birósághoz kérelmet intéz, mikép a tagadott kereseti tényalap, kifogás, ellenkifogás valódiságáról, a fél által megjelölt bizonyító tények és eszközök utján győződjék meg. Ezekre, mint azt fentebb is röviden összefoglaltuk, a bizonyító fél ellenfelének, sőt ezt követőleg magának a bizonyító félnek is nyilatkoznia, kötelessége. Mi legyen e kötelesség elmulasztásának következménye? Oly kérdés, a mely különbözőképen oldható meg s talált is megoldást.

II. Nagyobb világosság kedvéért vegyük egyenként az eseteket, melyekből a szabályt le kell vonnunk.

Az alperes a kereset tényalapját tagadván, a felperes egy közvetett bizonyító tényre, tegyük az alperes perenkivül tett beismerésére hivatkozik. Az alperesnek kötelessége erre nyilatkozni. Ha ezt elmulasztja, a további eljárás vagy az lehet, hogy a bíróság a közvetett bizonyító tényt, a példa szerint az alperes perenkivül tett beismerését valónak veszi, vagy az, hogy azt úgy tekinti, mintha az alperes tagadta volna, miért is az a felperes által bizonyítandó, avagy végül a felperest úgy tekinti, mintha a közvetett bizonyító tényt fel sem hozta volna, az alperest úgy, mintha a mulasztást nem is ezzel, hanem a keresettel szemben követte

volna el, s ehhez képest hoz makacssági itéletet. Ugyanez a három megoldás lehetséges akkor, midőn a felperes mulaszt el nyilatkozni azon közvetett bizonyító tényre, melyet az alperes hoz fel tagadott kifogásának bizonyítására és így tovább, midőn a közvetett bizonyító tény egy tagadott ellenkifogás bizonyítására szolgál. A mi jogunk egy általánosságban kifejezett elv alapján, mely ide is vonatkozik, az első utat követi. A közvetett bizonyító tény tehát, melyre a fél nyilatkozni elmulasztott, *valónak* veendő s ez alapon fog belőle bíróság a tagadott kereseti tényalap, kifogás, ellenkifogás valódiságára következtetést vonni. (T. 159. §. S. E. 61. §. Terv. 273. §.) E tekintetben nem okoz különbséget az, vajjon a fél a rendes perben a periratot beadni elmulasztotta, a sommás perben és a Terv. szerint a tárgyalási határnapon meg nem jelent vagy egyáltalában nem nyilatkozott vagy pedig a periratot beadván, a tárgyaláson nyilatkozván, épen csak a közvetett bizonyító tényre nem nyilatkozott, tehát hiányosan cselekedett. Különbség van azonban a tekintetben, miként a kifogásokra, ellenkifogásokra való nyilatkozás elmulasztásánál, hogy az előbbi esetben a mulasztás következménye csak akkor áll be, ha kimondását a nem mulasztó fél kéri (V. ö. T. 143. §., S. E. 51. §.; Terv. 452. §.), mig az utóbbi esetben a mulasztás következménye a rendes perben önmagától beáll (T. 159. §.), a sommás perben és a Terv. szerint csak a bíróság részéről történt előzetes figyelmeztetés után. (S. E. 61. §.; Terv. 230. §.[3]) Feltételeztetik ezenfelül itt is, hogy a közvetett bizonyító tény a mulasztó féllel közölve volt.

Rendes perben a bizonyító fél ellenfelének nyilatkoznia kell arra nézve, vajjon a neki kinált főesküt elfogadja vagy pedig azt visszakinálja-e? Ez a mi műkifejezéseink szerint annyit jelent, hogy a bizonyító fél ellenfelének kötelessége nyilatkozni, vajjon más bizonyító eszköz hiányában a bizonyítandó ténynek a valótlanságát akarja-e saját nyilatkozatával bizonyítani vagy pedig akarja-e, hogy annak valódiságát a bizonyító fél saját nyilatkozatával bizonyítsa? Ha egyik vagy másik irányban nyilatkozni elmulaszt, a bizonyítandó tény valónak vétetik, a mi a mulasztó félnek a pervesztességét fogja maga után vonni. (V. ö. T. 233., 234. §§.) Egyebekben utalunk a rendes perre vonatkozólag az előző pontban mondottakra.

Végül vannak bizonyító eszközök, névszerint az *okiratok*, melyeket a bizonyító fél ellenfelének a bizonyítására alkalmat-

lanoknak kell nyilvánítania (bizonyítási kifogás), ha azt akarja, hogy azokat a bíróság figyelembe ne vegye. Ha a bizonyító fél ellenfele a bizonyítási kifogást fel nem hozza, az okirat a bizonyításra alkalmasnak tekintetik. (T. 186., 159. §§., S. E. 76. §.; Terv. 323. §.) Egyebekben itt is utalunk arra, a mit a fentebbi pontban a közvetett bizonyító tényekre mondottunk.

Ezek szerint, s itt csak a mi jogunkat tartjuk szem előtt, a szabály mind a három esetre az, hogy a tény, melyre a nyilatkozás elmulasztva lett, *valónak tartandó*, nem tekintve azt, hogy a mulasztás minő körülmények közt történt, nevezetesen vajjon teljes mulasztás avagy csak hiányos cselekvés forog-e fenn? Ujabb jogunk s a Terv. is e tekintetben megegyezik a T.-sal, ettől eltérni nem is volna czélszerű.

III. Habár itt a mulasztás következménye a tekintetben, hogy a tény, a melyre a fél nyilatkozni elmulasztott, valónak veendő, teljesen megegyezik a mulasztás következményével, midőn a fél a tényalapra, kifogásra vagy ellenkifogásra nem nyilatkozott: mégis úgy az eljárás, mint pedig a végső következmény, az itélet tekintetében nagy a különbség. Az eljárás itt nem folyik le bizonyítás nélkül. Ez már azért sem lehetséges, mert itt, miként a bevezetésben kifejtettük, tagadott tényalappal, kifogással, illetve ellenkifogással állunk szemben, melyeket bizonyítás nélkül nem lehet valóknak elfogadni. Az eltérés itt a közönséges esettel szemben csak arra szorítkozik, hogy a közvetett bizonyító tény, illetve a bizonyító eszköz a bizonyításra teljesen alkalmasnak vétetik, a nélkül, hogy a bíróságnak ezt a minőségét külön eljárás utján megállapítania kellene, mint ez akkor történik, midőn az ellenfél a közvetett bizonyító tény valódiságát, a bizonyító eszköz alkalmas voltát a bizonyításra kétségbe vonta. Ennek alapján azonban a döntés nem történik szükségképen a mulasztó fél hátrányára; az mindig attól függ, hogy a bizonyító tény milyen fokú bizonyító erőt szolgáltat a bizonyítandó tény tekintetében. Kivételt képez a rendes perben a főesküre való nyilatkozás elmulasztása, mert ekkor mindig a mulasztó hátrányára dől el a per. (T. 234. §.) Az itélet sem makacssági itélet, mert itt, ennek jellemző tulajdonsága, a bizonyító eljárás kizárása hiányzik.

Ezen eredmény, mely abban foglalható össze, hogy a közvetett bizonyító tenyekre és a bizonyító eszközökre való nyilatkozás elmulasztásának következménye csak ezekre szorítkozik és nem

terjed ki az egész perre: a tiszta irásbeliség mellett, s így a mi rendes eljárásunkban sem, nem lehet kérdéses. Itt a per bizonyos határidőkben benyujtandó periratokben foly le; az a mi ezekben előadatott, együttesen képezi az elbirálás alapját. Kétely e részben csak a szóbeliségén nyugvó perekben merülhet fel: vajjon abban az esetben, midőn az egyik fél egyik későbbi határnapon meg nem jelenvén, valamely közvetett bizonyító tényre vagy bizonyító eszközre nyilatkozni elmulasztott, mindaz, a mi a korábbi határnapon előadatott, a mi iránt bizonyítás fel is vétetett, ne mellőztessék-e, s a fél ne tekintessék-e úgy, mintha az első tárgyalási határnapot mulasztotta volna el? Ez a megoldás, mely a német perrendben [1] található, azért volna lehetséges, mert sokak szerint a szóbeli-

[1] A német perrend azt a felet, a ki egy későbbi tárgyalási határnapon nem jelent meg vagy azon egyáltalában nem nyilatkozik, úgy tekinti, mintha az első tárgyalási határnapot mulasztotta el volna s ez alapon hoz ellene a bíróság makacssági itéletet. Ennek folytán az alperes, a ki perbebocsátkozott, de az ellenkifogásokra egy későbbi határnapon meg nem jelenvén, nem nyilatkozott, úgy vétetik, mintha a perbebocsátkozást mulasztotta el volna. Továbbá, ha valamelyik fél egy későbbi tárgyaláson meg nem jelenvén, egy közvetett bizonyító tényre egy okiratra nem nyilatkozik, habár a korábbi tárgyalásokon a keresetre, kifogásokra, ellenkifogásokra nyilatkozott is, sőt bizonyítás is felvétetett: mégis úgy tekintetik, mintha az első tárgyalást mulasztotta el volna, a korábbi tárgyalások eredménye tehát figyelembe nem vétetik. Szóval minden későbbi tárgyalási határnapon elkövetett *teljes mulasztás* visszahat az egész perre. 295—312. §. Ezen, a német közönséges jogtól is egészen elütő rendelkezéseknek czélja a szóbeliség következetes keresztül vitele volt. Hahn: Materialien stb. II. 1. 131. l. Hogy ez egészen hibás felfogás, azt ma már mindenki belátja, bár vannak, kik ama rendelkezéseket mégis czélszerűknek tartják (Wach: Vorträge 181. l.); indokaikat azonban nem tudjuk helyeselni. Sőt, hogy alkalmazásuk egyes esetekben sok visszássággal jár, azt még azok is belátják, a kik különben helyeslik. Wach: Vorträge 182. s k. ll. Itt különösen még csak azt említjük fel, hogy a bíróság a fél ellen akkor is az egész per elmulasztása miatt hoz makacssági itéletet, midőn a per egyes kérdéseit már közbenszóló itélettel mind a két fél meghallgatása alapján elintézte, s az egyik fél a többi kérdés elintézésére kitűzött határnapra nem jelent meg; a közbenszóló itélet tehát figyelmen kívül marad. Az egész kérdésre Wach idézett munkáján kívül nagyon tanulságos Kohler: Forschungen 55. s k. ll., különösen pedig Planck: i. m. II. 343—398. l. A mi pedig azt az esetet illeti, midőn a fél a perben *hiányosan cselekedett*, az előző és ezen §. főszövegében kifejtett elvek nyernek alkalmazást. V. ö. Planck: i. m. II. 400. s k. l. — A német perrendnek a teljes mulasztás esetére

ségnek egyik követelménye az volna, hogy csak az képezheti a biró itéletének alapját, a mit a felek az itélet hozatalt közvetlenül megelőző tárgyaláson adtak elő. Ha tehát valamely fél ezt elmulasztotta, úgy tekintendő, mintha az első tárgyalást mulasztotta el volna, mintha tehát szóval semmi előadva és bebizonyítva sem volna és ennélfogva ellene az első tárgyaláson való meg nem jelenés miatt makacssági itélet hozandó. Ezt a szóbeli tárgyalás *oszthatlanságának* nevezik. Ez az elv azonban téves, mert helytelen az, hogy a szóbeliség követelménye volna, mikép csak azon előadások vétessenek figyelembe, melyek közvetlenül az itélethozatalt előzték meg. Más czélszerüségi szempontok mellette szintén nem hozhadók fel. Az az előny, hogy a bíróság ilyenkor a korábbi tárgyalási anyag mellőzésével makacssági itéletet hozván, gyorsabban és könnyebben döntheti el az ügyet, csak látszólagos, mert vele, ellenmondás folytán, melyet a mulasztó fél rendszerint igénybe vesz, ismét tartozik foglalkozni. Sőt teendője még megszaporodik, mert ugyanazon ügyben ismételten kell itélnie. Ezt a elvet az S. E. és a Terv. nem fogadják el, hanem mint fentebbi fejtegetésünkből is kitünt, az ellenkező szabályt követik. Ezt akarja kifejezni a S. E. 51. §., a mely szerint: «ha a

felállított szabályát nemcsak a mi jogunk, de más külföldi perjogok sem követik. A mi különösen a *franczia* perrendet illeti, e szerint, ha a fél egy közvetett bizonyító tényre vagy egy magánokirat valódisága iránt nem nyilatkozik, a mulasztás következménye csak az illető tény tekintetében áll be. A közvetett bizonyító tényre való nyilatkozásra vagy az interrogation sur faits et articles vagy pedig comparution alakjában (l. az előző §-t) történik, a nyilatkozás elmulasztásának következménye itt is az, hogy a bíróság az illető tényt belátása szerint valónak veszi. Ha pedig a fél egy magánokirat valódiságát tagadván, a bíróság a valódiság megállapitását (vérification des écritures) kiküldött biró előtt elrendeli s ha a tagadó fél a kiküldött által kitűzött határnapra meg nem jelen, a bíróság az okiratot belátása szerint valónak veheti. 199. §. Ha azonban a fél ezen közbevetett eljárásokban (incidents) nem is követett el mulasztást, ez nem zárja ki, hogy az egész pert elmulasztónak tekintessék, midőn a főügyben a zárindítványt mulasztatta el előadni s ama incidents a zárindítványok előtt a főgyben folytak le. A főügyben való teljes mulasztásra mindig az a döntő, hogy a zárindítvány előadatott-e vagy sem. Ennek előterjesztése után egy incidents körül elkövetett mulasztás következménye csak magára az incident-ra szorítkozik. V. ö. GARSONNET: V. 361. l. — Az osztrák perrend egészen a mi jogunk álláspontját foglalja el. 399. §.

felek valamelyike az alperes érdemleges ellenkérelmének előadása után nem jelenik meg, a megjelent fél ténybeli előadásai valóknak, a meg nem jelent fél állításai pedig, a mennyiben a megjelent fél tagadja, be nem bizonyítottaknak tekintendők, a korábbi tárgyalások azonban, valamint a bizonyítás eredménye a határozathozatalnál figyelembe vétetik. Ugyanezt fejezi ki, bár másképen szövegezve, a Terv. 452. §-nak 2. és 4. bekezdése. Az előbbi szerint: a mulasztó fél ellen a mulasztásnak általános következményein felül az egyes cselekvények elmulasztására nézve megállapított következmények állanak be. Az utóbbi szerint: az érdemleges tárgyalás folytatásának elmulasztása esetében a korábbi tárgyalások eredményét, a mennyiben a jegyzőkönyvben vagy mellékleteiben meg van állapítva vagy a bíróság egyébként megállapíthatja, valamint a felek távollétében is felveendő bizonyítás eredményét a határozathozatalkor figyelembe kell venni.

## HETEDIK FEJEZET.

# PERORVOSLATOK.

### 53. §. A perorvoslat fogalma.

I. Midőn a biró a perben valamely sértő cselekvényt visz végbe vagy kötelességellenesen valamely cselekvényt elmulaszt, avagy midőn maga a fél mulaszt el egy cselekvényt, a melyet véghezvinnie neki megengedve vagy épen kötelessége volt, a felet perbeli hátrány éri, melyet az állam a fél kérelmére orvosol. Az orvoslás *módja* döntő a perorvoslat fogalmára. Ennek megvilágítása czéljából szükséges különbséget tenni a biró által elkövetett sértés és a fél mulasztása között.

Midőn a biró sértő cselekvényt vagy mulasztást követ el, az állam iránt fennálló kötelességét sérti meg, mert az állam birói hatalmát a felekkel szemben nem úgy gyakorolta, a mint ezt a törvény előirja. Hátrány ebből azonban a felet is éri, minthogy a birói hatalom törvényellenes gyakorlása reá nézve is káros. A biró tehát az ő törvényellenes cselekvénye vagy mulasztása által egyszerre két érdeket sért: az államét és a félét. Hogy miként szerez magának az állam elégtételt a rajta elkövetett sértésért, azt kizárólag a közte és a biró közt fennálló közjogi viszony határozza meg. Ennek alapján a biró ellen fegyelmi, esetleg bűnvádi eljárás utján büntetést szab ki. Ez azonban egészen a polgári peres eljárás körén kivül történik, azért itt vele nem is foglalkozunk. A közérdek azonban nemcsak azt kivánja, hogy az állam a rajta elkövetett jogsértést fegyelmi vagy bűnvádi úton orvosolja, hanem azt is, hogy a félnek is nyujtassék orvoslás, mert az államnak igen fontos érdeke az, hogy a felek cselekvése valamely magánjogi viszony iránt az általa megállapított jogszabályoknak megfelelően határoztassék

meg. Két út kinálkozik az orvoslásra. Az állam megengedi, hogy a fél az államnak rendszerint más, birói hatalommal felruházott közegénél kérje közvetlenül a perbeli hátrány elhárítását, vagy pedig ezt nem engedvén meg, a sértő birót és esetleg önönmagát a félenk magánjogi lekötelezettjévé teszi, minek folytán a fél mint magánjogi jogosult a sértő birótól, esetleg az államtól annak a kárnak a megtérítését követelheti, mely reá a sértő perbeleli cselekvény vagy mulasztás által hárult.

Ezen utóbbi út a régebbi és tökéletlenebb, az utóbbi újabb és tökéletesebb. Régebben az államok nem voltak úgy berendezve, hogy a biró okozta sértést olykép lehetett volna orvosolni, hogy az ügy egy más biró által újból elbiráltatott volna, mert a biró az ügyben első fokúlag ugyan, de véglegesen is döntött. A fél a szenvedett sérelmet csak úgy háríthatta el magától, hogy a birótól kártérítést követelt. Ma az orvoslás ez a módja csak kivételesen fordul elő. Midőn a közvetlen orvoslás eszközei már mind ki vannak merítve vagy pedig azok nincsenek is megengedve, követelhet a fél a törvényben tüzetesen megjelölt esetekben és feltételek mellett a sértést okozó birótól kártérítést. Nevezetesen a mi jogunk szerint (1871 : VIII. t.-cz. VI. fej.) a biró felelős a cselekvése vagy mulasztása által szándékosan vagy vétkes gondatlanságból okozott károkért, a mennyiben ezek a törvényben meghatározott perorvoslattal el nem háríthatók. (66. §.[1]) A fél az okozott kár megtérítése czéljából keresetet indíthat, ennek azonban az az előfeltétele, hogy a fegyelmi bíróság azt, mikép a biró a kárt vétkes gondatlanságból vagy szándékosan okozta, megállapítsa, a polgári bíróság a kereset folytán csak a kártérítés összege fölött fog határozni. Ezenfelül, ha a biró nyilvánvaló vétsége által a félnek perorvoslatra okot szolgáltatott, őt a felsőbb bíróság a fél kérelmére az okozott költségek fizetésében elmarasztalja. (66. §.[2]) E szabály így csak a rendes perben áll, ellenben a sommás perben sokkal tágabb körben nyer alkalmazást, mert az elmarasztalás bárminő költség iránt történhetik, melyet a biró a feleknek nyilvánvaló vétsége által okozott, s nemcsak a fél kérelmére, hanem hivatalból is. (S. E. 115. §. Terv. 443. §.) Kérdésünkhez különösen csak az első eset tartozik, melyben a törvény a felelősségre vonás előfeltételeként az előzetes fegyelmi határozatot azért kívánja meg, hogy kizárja a birák ellen az alaptalan keresetindítást. Mert a mint közérdek az, hogy a fél sérelme lehetőleg

teljesen orvosoltassék: épúgy közérdek az is, hogy azok, a kik a birói hatalmat gyakorolják, ne legyenek a felek zaklatásainak kitéve. Annál inkább szükséges erről gondoskodni, mert itt oly magánjogi felelősségről van szó, melyet az állam a saját vállairól alkalmazottjaira hárít s melyet a magánjog értelmében sok esetben neki vagy legalább neki is kellene viselnie. Ennek viselését a mi jogunk szerint az állam csak egy esetben vállalja magára, midőn a biró hivatali sikkasztást követ el. Ekkor egyenesen az állam köteles a félnek az okozott kárt megtéríteni, mely czélból a fél az állam ellen polgári pert is indíthat.[1] (1871.: VIII. t.-cz. 19. §.)

Azonban az orvoslásnak ezen közvetett módja mellett a sértő cselekvény vagy mulasztás folytán létre jött birói határozat érvényében fenmarad, épen azért az a sértett félnek helyzetén a másik peresféllel szemben nem javít. Máskép áll a dolog az orvoslás közvetlen módjánál, mert ennek segélyével a biró sértő perbeli cselekvénye hatályon kívül helyeztetik, mulasztása pótoltatik s így a fél az ellenfelével szemben abba az állapotba helyeztetik vissza, a melyben a sértés elkövetése előtt volt. Mindenesetre ez által a sértett fél érdeke leghatályosabban van megvédve. A félnek a perben az a czélja, hogy jogviszonya az ellenféllel szemben határoztassék meg megfelelően, azért szükséges, hogy a mennyiben a bíróság ezen meghatározás körül tévesen járt el vagy mulasztást követett el: közvetlenül a sértő cselekvény vagy mulasztás által előidézett perbeli állapot változtattassék még. E helyett a sértő biró vagy esetleg az állam elleni jogositvány a kár megtérítésére nem nyújt elegendő védelmet a félnek, mely okból azt a fejlettebb törvényhozások a közvetlen orvoslás módja mellett csak kisegítő eszköznek alkalmazzák, midőn a közvetlen úton a fél sérelme többé

[1] A mi jogunknak az a rendelkezése, mely szerint a biró ellen indítható kártérítési keresetnek előfeltételét a biró vétkességét megállapító fegyelmi határozat képezi, rokon a franczia perrend szabályával, melynél fogva a birótól csak azon bíróság *előzetes engedélye* alapján lehet kártérítést követelni (prise à partie) a mely a kártérítés fölött itélni van hivatva. 510. A felelősségre vonás eszközének, *prise á pártie*-nak természete felől a nézetek eltérők, erről alább. Az osztrák jog szerint pedig a kártérités iránt indított perben az eljárás akár valamelyik fél kérelmére, akár pedig hivatalból a fegyelmi eljárás befejezéseig *csak felfüggeszthető*. (1872. évi julius 12 törvény 12. §.; oszt. perr. 602. §.) A fél a kárt okozó birón kivül az *államtól* is követelhet kártérítést. i. t. 1. §.

nem orvosolható vagy pedig az kivételesen czélszerűnek nem mutatkozik.

II. A perorvoslat fogalma alá az orvoslásnak csak a közvetlen módja tartozik. Az iránt nincs véleményeltérés, hogy midőn a félnek a sértő biró vagy pedig az állam ellen jogosítvány adatik a kár megtérítésére, hogy az e czélból indított kereset nem perorvoslat, miután a kereset soha sem az. Ezen kereset folytán a korábbi peren semmiféle változás nem történik, erre az semmiképen sem hat vissza, hanem következményei fenmaradnak teljes érvényükben. Maga a per azonban csak akkor van megorvosolva, midőn a sértő birói cselekvény hatályon kívül helyeztetik, a mulasztás pótoltatik, a mint ez a közvetlen orvoslásnál történik, perorvoslatnak tehát csak ezt nevezhetjük.

Az orvoslásnak most kifejtett két módja közül csak az utóbbi jöhet szóba, midőn a fél egy megengedett vagy kötelességszerű cselekvényt mulasztott el. A félnek saját mulasztása forogván fenn, természetesen, nincs ki ellen kártérítést követelnie. Minthogy azonban a mulasztás szülte állapot sokszor igen hátrányos a félre, azért a törvények különböző feltételek mellett megengedik, hogy a fél az elmulasztott cselekvényt pótolhassa, úgy tekintvén őt, mintha a mulasztást el sem követte volna. Ennélfogva az orvoslás ezen esetben, a biró sértő cselekvénye vagy mulasztása miatt engedett közvetlen orvoslással teljesen megegyezik, az tehát épúgy a perorvoslat fogalma alá esik, mint emez.

Ezen az alapon a perorvoslat fogalmát is meghatározhatjuk. De mielőtt ezt tennénk, meg kell jegyeznünk még azt, hogy az orvoslás a félnek mindig egy határozattal nyújtatik. A perorvoslat elnevezése alatt azonban még sem ezt a határozatot szokás érteni, hanem a félnek azt a kérelmét, melyet az orvoslás czéljából előterjeszt, az állam az orvoslást soha nem hivatalból, hanem mindig a fél kérelme folytán nyújtván. E szerint *a perorvoslat a félnek kérelme, melylyel az államhoz fordúl abból a czélból, hogy a biró sértő cselekvénye vagy mulasztása, vagy pedig a saját maga mulasztása által létrejött perbeli állapot megszüntettessék, s olyan perbeli állapot létesíttessék, a melynek létre kellett volna jönnie, ha a sértő cselekvény vagy mulasztás el nem követtetik vagy pedig, a mely ezek előtt fennállott.*

A biró sértő cselekvénye vagy mulasztása, illetve a fél mulasztása a félre rendszerint azért hátrányos, mert egy *hátrányos birói*

*határozatra* vezetett, úgy, hogy a perorvoslat rendszerint egy hátrányos birói határozat ellen irányúl. Nevezetesen tapasztaljuk ezt a biró által elkövetett sértés esetében, mert ez mindig közvetlenül vagy közvetve egy sértő birói határozatra vezet. Nem így a fél mulasztása esetében. Ez ellen a fél sokszor orvoslást nyer, még mielőtt a biró a hátrányos határozatot meghozta volna vagy pedig nyeri azt a határozat meghozatala után elkövetett mulasztás, pl. a felebbezési határidő elmulasztása miatt. A perorvoslat fogalmának meghatározásánál az első nagy hibát ott szokás elkövetni, hogy mindig egy *birói határozat* orvoslására irányuló eszköznek tekintik. (L. a jegyzetet.) Ez azonban téves, mert a fél a perben nemcsak egy birói határozat által szenvedhet hátrányt, hanem az által is, hogy oly mulasztást követ el, melynek következménye a hátrányos birói határozat, s végül olyan mulasztása által is, melynek folytán egy hátrányos birói határozat hatályát meg nem támadhatja. Ha pedig ezen esetekben megengedtetik, hogy a fél az elmulasztott cselekvényt pótolhassa: épúgy hárit el magától, közvetlenül a perre visszahatólag egy perbelí hátrányt, mint akkor, midőn egy hátrányos birói határozat helyeztetik hatályon kívül. Mind a két esetben van tehát egy közös tulajdonság, egy perbeli hátránynak közvetlenül a perre visszaható eltávolítása; a perorvoslat fogalma ennélfogva mind a két esetre egyaránt kiterjed.[1]

Nem döntő továbbá a perorvoslat fogalmára az orvoslás *czélja* sem. Ez pedig mindig vagy egy bizonyos új jogállapotnak létesítése vagy pedig egy korábbi jogállapotnak visszaállítása. Midőn a fél a biró sértő határozata ellen él perorvoslattal, az orvoslás czélja rendszerint nemcsak az, hogy a sértő határozat helyeztessék hatályon kívül, hanem az is, hogy egy más megfelelő határozat hozassék, tehát, hogy olyan új jogállapot létesüljön, melynek már a megtámadott birói határozat folytán létesülnie kellett volna, de a sértés miatt elmaradt. Midőn pedig a fél saját mulasztása miatt él perorvoslattal, a czél rendszerint a korábbi jogállapot visszaállítása; azaz, hogy a fél az elmulasztott cselekvény pótlása által abba a jogállapotba helyeztessék vissza, melyben a mulasztás előtt volt. Mindkét irányban azonban vannak kivételek, melyeket itt

[1] A per szerkezetétől függ, hogy lehet-e mulasztás miatt orvoslás határozat előtt és czélszerűségi kérdés, hogy adassék-e perorvoslat a határozat után elkövetett mulasztás miatt?

részleteznünk nem kell, annál kevésbé, mert abból a szempontból, hogy valamely perorvoslat csak a visszahelyezésre irányul, azt a perorvoslatok köréből nem is szokás kizárni.

Nem döntő végül a perorvoslat fogalmára az sem, hogy mi szolgáltatott *okot* az orvoslásra, vajjon a biró sértő cselekvénye vagy mulasztása-e, a vagy pedig a fél mulasztása? Nem döntő az sem, hogy az orvoslást az állam minő közegek által nyújtja. Egy igen elterjedt nézet szerint a perorvoslat fogalma csak arra az esetre szorítkoznék, midőn az orvoslásra a *biró sértő cselekvénye* vagy *mulasztása* szolgáltatott okot és midőn az orvoslást egy *magasabb*, a sértő biró fölé rendelt biró nyújtja. Ezek a szempontok azonban csak a perorvoslatok osztályozására lehetnek mérvadók, nem pedig a perorvoslat fogalmának meghatározására. Ha ezt a szűk meghatározást elfogadjuk, akkor nemcsak azon esetek zárandók ki a perorvoslatok köréből, melyekben az orvoslásra a fél mulasztása szolgáltatott okot, hanem azok is, melyekben a sértést a biró okozta, de az orvoslásra nem egy magasabb biró van kirendelve. Ekkor azonban ezen esetek számára kellő fogalmi meghatározást nem találunk. Nézetünk szerint itt is, mint minden más esetben, melyben fogalommeghatározásról van szó, csak azt kell nézni, vajjon a különböző eseteknek van-e olyan közös tulajdonságuk, a melynek alapján azokat ugyanazon természetüeknek lehet tekinteni? Ha ilyen közös tulajdonságuk van, akkor a helyes gondolkodás szabályai követelik, hogy azokat közös meghatározás alá foglaljuk. Ilyen közös tulajdonság mindazon esetekben van meg, a melyeket fentebb *közvetlen orvoslásnak* neveztünk. Mindezen esetekben magára a perre visszahatólag nyújtatik orvoslás, a perbeli állapot nem marad érintetlen, hanem az megváltozik vagy úgy, hogy a korábbi állapot állíttatik helyre vagy pedig egy más állapot létesíttetik. Ennélfogva szükséges, hogy mindezen eseteket perorvoslatoknak tekintsük, mert általuk a valamely oknál fogva elhibázott per orvosoltatik. Azon eltérések, melyeket ezen közös meghatározás alá tartozó esetek közt észlelünk, csak osztályozási alapul szolgálhatnak. Mi is azok alapján fogjuk a perorvoslatok különböző osztályait felállítani.

III. Itt még a perorvoslat *jogi temészetét* akarjuk megvilágitani. A meghatározásból, mely szerint a perorvoslat a fél kérelme, melylyel az államot segélynyújtás iránt felhívja a perben szenvedett hátrány elhárítására, önként foly, hogy az a félnek egy *meg-*

*engedett cselekvénye*, illetve egy közjogi jogositványa; azonban nem kötelessége, mert a felet semmiféle joghátrány nem éri pusztán a miatt, hogy a perorvoslatot igénybe nem veszi. Ha a fél a perorvoslatot saját mulasztása miatt veszi igénybe, az egy olyan hátrány elhárítására szolgál, melyet a fél okczott önmagának. Ha ellenben a fél az orvoslást a biró által elkövetett sértés miatt kéri, a látszat daczára sem forog fenn *ő rajta elkövetett jogsértés*, hanem olyan, melyet a biró az államon követett el. A biró az állammal s nem a peresfelekkel szemben van lekötelezve a perben kötelességellenes cselekvényeket és mulasztást el nem követni. Ennélfogva e kötelesség megsértése csak az állammal szemben lehet jogsértés, de nem a peresfelekkel szemben, s igy elesik annak a lehetősége, hogy a perorvoslatot, a félen a biró által elkövetett jogsértés orvoslásának tekintsük. Az államon elkövetett jogsértés káros következményei azonban abban nyilvánulnak, hogy a fél hátrányára áll elő egy perbeli állapot; innen az a látszat, mintha a félen elkövetett jogsértés forogna fenn. Azonban jogsértés és valakire nézve előállott hátrányos jogi helyzet, nem azonos fogalmak. Az állam saját kezdeményezésére, tehát hivatalból is orvosolhatná a rajta elkövetett jogsértést. De, miután a polgári perben a közérdeket leginkább az által véli megvédeni, hogy mindenben a felek akaratához alkalmazkodik: azért itt is az orvoslást a fél kérelmétől teszi függővé. E megoldás nem zárja ki azt, hogy a sértő biró a peres félnek, ki a hátrányt szenvedi, magánjogi kötelezettjévé váljék. Sokszor előfordul, hogy az állam az önönmagán elkövetett jogsértés miatt a sértő felet annak a kötelezettjévé is teszi, kinek a közrendet sértő cselekvény vagyoni kárt okozott. Ez, mint kifejtettük, a perben is előfordúl, midőn az állam nincs többé abban a helyzetben, hogy a félen elkövetett vagyoni kárt, közvetlen orvoslás, tehát perorvoslat útján, elhárítsa. Ekkor a sérelmes per érvényben marad, de a károsult fél a sértő birótól, mint magánjogi jogosúlt kártéritést követelhet. Itt azonban a sértő biró csak mint magánjogi kötelezett szerepel s nem mint közjogi lekötelezettje a peresfélnek a perben. Ez az, a mire itt kiváló súlyt kell helyeznünk.

A perorvoslat a félnek *rendszerint* megengedett perbeli cselekvénye. Az állam az orvoslás kérését rendszerint nem teszi függővé annak kimutatásától, hogy a sértő cselekvény vagy mulasztás elkövettetett, ez különben sok esetben nyilvánvaló is. Ennek folytán lehetséges, hogy a fél perorvoslattal él, a nélkül, hogy va-

laki sértő cselekvényt vagy mulasztást elkövetett volna. A kérelem ekkor természetesen nem fog sikerre vezetni. Egyes esetekben, mikor a fél előre tudhatta, hogy kérelme sikertelen lesz, az állam megtiltja, hogy a fél perorvoslattal éljen, s a tilalomnak ellenszegülőt rendbírsággal sújtja. Ekkor a perorvoslat *tilos* perbeli cselekvény. Ennek igazolására elég legyen csak a mi perjogunknak megfelelő rendelkezéseit idéznünk. (N. 49., 60., 68. §§.; S. E. 205. §.; Terv. 572. §.)[1]

[1] A perorvoslat fogalmára nézve a vélemények nagyon eltérők. Különösen Plósz fejti ki önállóan a perorvoslat fogalmát. Perjogi elméletének egyik alaptétele gyanánt állítja azt, hogy a biró a perben mint az állam közege van lekötelezve a peres fél irányában a szabályszerü kereset folytán a peralapításnál közre működni, ellenkező esetben azt megtagadni, különösen az alperes védekezése folytán a tényeknek és jognak megfelelően határozni, továbbá az eljárásban in iudicio az érdemleges döntés körül segédkezni, az eléje terjesztett peranyagot észszerűen és a jognak megfelelően észlelni, abból következtetni, aztán egy érvényes és helyes (richtiges) itéletet hozni stb. Ha a biró ezen kötelességeit megsérti, melyek őt a perben terhelik — a végrehajtási eljárásban még mások is vannak: *a peres félen perbeli jogsértést* követ el. Ennek alapján a félnek jogosítványa támad bíróság, mint az állam közege ellen, melynél fogva ezt kényszerítheti kötelességének teljesítésére, mert a félnek a sértés daczára is joga van perbeli jogosítványának érvényesítésére. De a fél nem önhatalmulag kényszerítheti a sértő birót kötelességének teljesítésére. Az állam természetesen magát a sértő birót sem hatalmazza fel erre. A félnek a jogát az állam másképen valósítja meg, az által, hogy egy a sértő birótól *különböző biró* által nyújtja a sértés orvoslását, tehát ez gyakorolja a kényszert a sértő biró ellen. Innen a perorvoslat fogalma, hogy az a fél joga, melynél fogva a sértés egy más magasabb biró által orvosoltassék s innen a perorvoslat átháruló (devolutív) hatálya is. Magyar Jogászgyülés évkönyve V. (1874.) évf. I. k. 224. s k. ll. Beiträge 106. s k. l. Plósz kétségkivüli érdeme az, bár álláspontját nem osztjuk, hogy a birói sértés fogalmát, melyet ő a perorvoslat egyedüli okául elfogad, szabatosan meghatározza. A régebbi német irodalomban is az volt az uralkodó nézet, hogy a perorvoslat *sérelmes birói határozat* ellen irányúl, de hogy a biró mikor sérti határozatában a felet, arra nézve igen tévesek voltak a fogalmak. Így pl. akkor is beszéltek birói sértésről, midőn a birói határozat a félnek saját mulasztása miatt volt hátrányos. Ekkor azt mondták, hogy a birói határozat ugyan a jognak meg felel, de mégis sérelmes! V. ö. Wetzel: i. m. 664. l. Bayer: i. m. 1005. l. *A német perrend* ezen tévnézzettel szemben visszahatásképen, a perorvoslat fogalmát más alapon határozza meg, a mennyiben azt oly eszköznek tekinti, a melylyel még *nem jogerős határozat orvosoltatik egy magasabb biró által.* Innen minden perorvoslat devolutív hatálya. Hahn:

## 54. §. A perorvoslatok okai. Különösen az anyagi és alaki jogszabályok megértése.

I. Egyike a legnehezebb törvényhozási kérdéseknek, egy megfelelő perorvoslati rendszert létesíteni. Mert, midőn a törvényhozó

Materialien II. 1. 139. l. E felfogást több újabb iró is követi, l. WACH: Vorträge 244. l., HELLMANN: Lehrbuch des deutschen Civilprocessechts 665. s k. l., s végeredményében azonos ezzel PLÓSZ nézete is, mert e szerint is csak az perorvoslat, midőn felsőbb biró vizsgálja felül a határozatot. A régibb német írók nézetük helytelenségét maguk is érezték, mert a perorvoslatok mellett *nem tulajdonképeni perorvoslatokat* is különböztettek meg, oly hátrányok orvoslására, melyek a felet kizárólag saját mulasztása folytán érték vagy melyek az által álltak elő, hogy a biró egy sértő határozatot hozott, a nélkül azonban, hogy ezzel magát a pert érdemben érintette volna, pl. a pert felfüggesztette. WETZEL: i. m. 668. l. A német perrend álláspontjának helytelenségét pedig az mutatja, hogy az igen sok támadásnak van kitéve. A legtöbb német író a perorvoslat fogalmának meghatározásánál elvi szempontból nem szorítkozik a német perrend szűk meghatározására. V. ö. KRIES: Die Rechtsmittel des Civilprocesses und des Strafprocesses 3. s k. ll. BARAZETTI: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde 3. l. SEUFFERT: i. m. 599. l. PLANCK: i. m. II. 427. l. S ez bizonyára helyes, mert semmi elfogadható ok nincs arra, hogy csak azt az eszközt tekintsük perorvoslatnak, melylyel a biró által elkövetett sértés miatt egy határozat vagy épen csak egy nem jogerős határozat támadtatik meg a felsőbb biró előtt, midőn a fél mulasztásának orvoslásánál is az eredmény ugyanaz mint ott: *hogy közvetlenül a perre visszahatólag* nyújtatik orvoslás, a mely rendszerint, bár nem mindig egy birói határozat hatályon kívül helyezésében nyilvánúl. — A *franczia* írók is azt a nézetet követik, hogy nemcsak az az eszköz perorvoslat, a mely a biró által elkövetett sértésnek, hanem a fél mulasztásának orvoslására is szolgál s akár jogerős, akár pedig még jogerőre nem emelkedett határozatban nyilvánul a fél hátránya V. ö. GARSONNET: i. m. V. 2. s k. ll. — Hazai iróink is a perorvoslatnak ezt a tágabb meghatározását követik, még pedig nemcsak az újabbak, hanem a régebbiek is, a mint ezt pl. KELEMENNÉL: i. m. IV. 240. l. FRANK-nál i. m. II. 237. l. látjuk. Az újabb írók: HERCZEGH: Magyar polgári törvénykezési rendtartás, ötödik kiad, 419. l. VAYKAY Magy. jogászegy. évk. IV. évf. 1873. I. köt. 294. s k. ll. SCHREYER: A perorvoslatok teljes rendszere 6. l. Ellenben APÁTHY: A polg. törvk. rendtartás 209. l. ZLINSZKY: A jogorvoslatok rendszere 8. l. még a régibb német írók nézetét követik. VAJKAY, SCHREYER, ZLINSZKY nálunk egészen szokatlan terjedelemben tárgyalják a perorvoslatok kérdését, de azért távol állunk attól, hogy munkáik részleteit magunkévá tegyük.

törekszik, hogy az egyik féltől a perbeli hátrányt minél hatályosabban elhárítsa, igen könnyen esik egy más hibába, hogy a másik felet méltánytalan hátrányokkal sujtja. Az ujabb jogok egy helyes középutat törekesznek követni, a melyet mint az alábbiakból ki fog derülni, egészben véve el is találtak. E tekintetben ellentétben állnak egyrészt az ős-kori jogokkal, a melyek a félnek semmiféle perorvoslatot sem nyujtottak, másrészt a későbbi közép- és ujabb-kori jogokkal, melyek, mig egyik szempontból a hátrányt szenvedő felet igen szigorú elbánásban részesitették, más tekintetben oly hatályos perorvoslatokkal látták el, hogy ez által ismét a másik fél károsodott tetemesen. Az ujabb jogok által követett helyes középutat csak ezen tanulságok árán sikerült megtalálni.

Egy jó perorvoslati rendszer attól van feltételezve, hogy az orvoslás okait tisztán felismerjük. Ezek, mint az előző §-ban kifejtettük: vagy a biró által elkövetett sértés vagy a fél saját mulasztása. Hogy ez az utóbbi miben áll, már a 48. §-ban kifejtettük, de ennek felismerése különben sem jár nagyobb nehézséggel. Sokkal nehezebb annak tüzetes meghatározása, hogy mikor követ el a biró sértést. Az alábbiakban kizárólag ezzel fogunk foglalkozni.

II. A biró az itéletet, melylyel a felek cselekvését egy bizonyos jogviszonyra nézve meghatározza, az állam által előirt eljárási szabályok szerint tartozik meghozni. Nem elég tehát, hogy a biró itéletében épen a jogviszonyra illő jogszabályt alkalmazza, hanem szükséges, hogy ezt azon eljárási szabályok szerint tegye, melyek erre a czélra elő vannak irva. Ezzel, mint ezt nagyon könnyű belátni, az álam azt akarja elérni, hogy a feleket a biró túlkapásaitól vagy tévedésétől lehetőleg megvédje. Ezeket nem lehet másképen kizárni, mint világos eljárási szabályok által. Ebből következik, hogy a biró itélete a félre nézve nemcsak azért lehet sérelmes, mert a biró a jogviszonyra nem a megfelelő jogszabályt, mint szokás mondani — *anyagi jogszabályt* — alkalmazta, hanem azért is, mert ennek alkalmazása körül nem a megfelelő eljárási szabályt, mint mondják — *alaki jogszabályt* — követte. A biró által elkövethető sértés tehát az anyagi vagy alaki jogszabályoknak, esetleg mind a kettőnek megsértéséből állhat.

Mielőtt ezek mibenlétét részletesen kifejtenők, utalnunk kell arra, hogy az anyagi jogszabályok megsértése mindig az ügy érdemében hozott itéletben jut kifejezésre, ugyanez áll azon alaki jogszabályokra, melyeket a biró az eljárás megindítása után sért

meg. S igy kérdés merül fel, hogy az igy létre jött itélethez *minő következmény* füzendő? Ezt a kérdést itt előzetesen kell tisztáznunk, mert az anyagi és alaki jogszabályok megsértésének jelentőségét csak igy tudjuk kellően felfogni.

Ezen szabályok megsértéséhez két különböző következmény füzhető. Az állam vagy azt mondja ki, hogy ezen szabályok valamelyikének megsértése mellett létrejött itéletet nem tekinti itéletnek, ahhoz tehát semmiféle jogi hatály nem füződik, úgy, hogy ha az egyik fél annak alapján az államtól valamely eljárást, pl. a mi leginkább szembetünő, végrehajtást kérne, a bíróság azt hivatalból megtagadná, a nélkül, hogy ezt az ellenfélnek kérnie kellene. Az ilyen itéletet *érvénytelennek, semmisnek* nevezzük. Mindenesetre meg volna engedve az is, hogy az ellenfél ezen itélet semmiségének kimondását kérje, még mielőtt a másik fél annak alapján valamely eljárást kérne és ha ezt már tette, az ellenfél hatályát az által is kizárhatja, hogy érvényét tagadja. A másik következmény, hogy az állam az itéletet egyelőre hatályosnak elismeri, de megengedi azt, hogy a fél annak hatályon kivül helyezését kérje. Ezt az itéletet *megerőtleníthető* itéletnek mondjuk. Az ilyen itélet alapján a bíróság a további eljárást nem tagadja meg hivatalból, érvényesítését tagadással nem lehet meggátolni; ez csak úgy történhetik, hogy a fél egy erre a czélra megállapított eljárás szerint megerőtlenítését kéri.

Ugy a régebbi mint az ujabbi jogok csak a *megerőtlenítést,* nem pedig a semmiséget füzik az anyagi jogszabályok megsértéséhez. Az anyagi jogszabály megsértésével hozott itélet egyelőre hatályos, a fél azonban, az erre a czélra előirt eljárás szerint kérheti, hogy a sérelmes itélet hatályától megfosztassék. A mi az alaki jogszabályok megsértését illeti, ezek a mai jogok szerint semmiséget csak annyiban idéznek elő, hogy az ügy felülbirálására hivatott bíróság bizonyos alaki sérelmek miatt az itéletet hivatalból is félre teheti, habár az ügy egy más sérelem orvoslása végett kerül eléje. Nincs azonban megengedve az, hogy az itélet végrehajtására hivatott bíróság vagy más bíróság, mely az itéletet, a további eljárás alapjául elfogadni tartozik, azt valamely alaki sérelem miatt hivatalból tegye félre, vagy hogy az ellenfél ezen itélet hatályának az által állja útját, hogy ama eljárások folyamán érvényét *tagadja,* úgy, hogy ennek folytán az arra hivatkozó félnek előzőleg ama itélet érvényét kimutatnia kellene. Mindez ter-

mészetesen azért nem lehetséges, mert az, hogy a bíróság ítéletet hozott, e bíróság által kiállított *közokirattal* (kiadvány, hiteles másolat) tanusíttatik. Ha pedig ez a közokirat a törvényes szabályoknak, melyeket minden hatóságnak, mielőtt az ítéletet további eljárása alapjául tenné, vizsgálnia kell, s melyek közé különösen az is tartozik, hogy helyes értelme legyen, megfelel: akkor ezt, mint minden más közokiratot, a hatóság a valósággal megegyezőnek tartozik elfogadni, mig az ellenkező be nem bizonyíttatik. Ennélfogva egy szabályszerű közokirattal tanusított ítéletnek vagy azt megelőző eljárásnak szabálytalanságát a hatóság hivatalból nem vizsgálhatja, az ellenfél annak érvényét *nem tagadhatja*. Sőt a mai jogokban még az ellenkezőnek bizonyítása is korlátolva van, mert az sincs megengedve, hogy ellene az ellenfél a további eljárás folyamán a szabálytalanságra alapított *kifogással* védekezzék.[1] Csak egy út van a védekezésre, hogy a bíróságnál perorvoslat útján hatályon kivül helyezését kéri. Még kevésbé van természetesen megengedve az, hogy az elmarasztalt alperes az alaki sérelem miatt az ítélet végrehajtásának önhatalmulag, erőszakkal ellenszegüljön.[2]

[1] A római jog szerint ez lehetséges volt. Az elmarasztalt alperes az *actio iudicati* ellen azt a kifogást is felhozhatta, hogy az ítélet nem szabályszerü. L. 75. in. f. D. V. 1. Védekezés az exceptio iudicati ellen replicatioval. L. 1. C. VII. 56. V. ö. még BETHMANN-HOLLWEG: II. 724. l. Nagyon határozottan elismeri a kifogással való védekezést az actio iudicati ellen L. 1. C. VII. 52. Rebus quidem iudicatis standum est, sed si probare poteris, eum, cui condemnatus es, id quod furto amississe videbatur, recepisse, *adversus iudicati agentem doli exceptione opposita tueri te poteris*. A római jog álláspontját követte az egyházjog is. c. 4. X. de proc. (1. 38.).

[2] Régibb perjogunk szerint azonban mégis lehetséges volt, hogy a fél, a ki az ítéletet magára nézve sérelmesnek találta akár az anyagi, akár pedig egy alaki jogszabály helytelen alkalmazása miatt, az ítélet végrehajtását ellenállásával meggátolhatta. Erre a czélra a félnek két eszköze, «perorvoslata» volt: *repulsio* és *oppositio*. Mind a kettő közvetlenül a mohácsi vészt megelőző időkben, II. Ulászló uralkodása alatt keletkezett és szomorú jellemzéséül szolgál azon zilált viszonyoknak, melyek közt akkori igazságügyünk sinlődött. Ezt megelőzőleg tiltva volt birói ítéletek végrehajtását ellenállással meggátolni. Eredetileg úgy a repulsio mint az oppositio fegyveres ellentállást jelentett; csakhamar azonban törvényt alkottak, melyekben a fegyveres erőhatalom tényleges kifejtése szigorúan tiltatik, hanem az ellenállási szándéknak csak jelképies kifejezése engedtetett meg. Az 1500 : 19. t. cz. rendeli: ad tollendum

III. Áttérünk most az anyagi és alaki sérelmek közelebbi meghatározására.

Az ítélet megerőtlenítése mindenesetre kérhető, midőn a biró a jogviszonyra *az anyagi jogszabályt* rosszul alkalmazta. A végczél a perben mindig az, hogy a bíróság az itéletben olyan parancsot mondjon ki, a mely teljesen megfelel annak a jogszabálynak, melyet az állam arra a jogviszonyra alkalmaztatni kiván. Ennek elérése végett az ügynek felülbirálását anyagi jogszabály helytelen alkalmazása miatt a legtágabb körben kell megengedni, habár ez alol az állam kisebb vagy nagyobb számú kivételeket mégis tesz. Az anyagi jogszabály a következő esetekben sértetik meg: *a)* a biró nom jól észlelte a bizonyító tényeket, mi különösen azért történhetett, mert nem jól figyelte meg a bizonyító eszközöket, ezen okból nem jól következtetett vissza a bizonyítandó tényekre: a kereset tényalapjára, kifogásokra és ellenkifogásokra, a mi ismét azt idézte elő, hogy nem jól következtetett az anyagi jogszabályra; *b)* csak a bizonyítandó tényekre való visszakövetkeztetés rossz, a mely okból rossz volt a következtetés az anyagi jogszabályra; *c)* végül a bizonyító tényeknek felismerése és azokból a visszakövetkeztetés a bizonyítandó tényekre helyesen történt ugyan, azonban a jogszabályra való következtetés rossz.

Nem oly mulathatlanul szükséges az orvoslást megengedni *az alaki jogszabályok* megsértése miatt, mert ezen sérelem daczára mégis lehetséges, hogy a bizonyító és bizonyítandó tények

igitur omne dubium et evitandum causantium periculum, sancitum est: quod repulsiones ipsae amodo de caetero non cum gentibus et manibus violentis, sed *per solam ensis vel evaginati gladii ostentionem* .... fieri valeat. (§. 1.). Verbőczi szerint azonban az ellenállási szándékot más jelképies módon is lehetett kifejezni. H. K. II. 74. 7. §. Mind a kettőnek az volt a következménye, hogy a másik fél a végrehajtást nem folytathatta, hanem az *ellenálló felet ujból kellett perbe hívnia*, hogy ellenállásának okát adja *(ad dandam repulsionis, oppositionis rationem)*. Jellemző tehát, hogy a fél pusztán az ellenszegüléssel czélt ért. Nem volt arra utalva, hogy ő kérjen birói eljárást, melynek folyamán az itélet sérelmes voltát kimutatta volna, hanem forditva a másik félnek kellett az itélet jogszerű voltát egy külön eljárás útján kimutatnia. A repulsio és az oppositio közt egyébiránt az volt a lényeges különbség, hogy repulsionak csak hosszú perekben volt helye (1729: 33. t-cz.) de bármely oknál fogva; az oppositio ellenben más perekben is foglalt helyt. (1729: 34. t. cz.) midőn a fél az itéletet valamely alaki jogszabály megsértése miatt semmisnek tartotta. A részleteket l. Frank: i. m. II. 292. s k. ll.

helyesen lettek felismerve és hogy ezekből helyesen történt a következtetés az anyagi jogszabályra. Ennélfogva az állam az alaki jogszabályok megsértése miatt nem engedi meg oly tág körben az orvoslást mint az anyagi jogszabályok megsértése esetében.

Annak meghatározása czéljából, hogy mikor sérti meg a biró az alaki jogszabályt, a következőket kell előrebocsátanunk. A biró a perben határozni és ebből a czélból bizonyos segédcselekvényeket véghezvinni tartozik, illetve véghezvihet az érvényben levő eljárási szabályok szerint, ha ama cselekvények törvényes előfeltételei megvannak. A birónak tehát kötelessége cselekvésében bizonyos előfeltételeket és bizonyos eljárási szabályokat szem előtt tartani. Az *előfeltételek* részben a felek bizonyos perbeli cselekvényei: kérelmek és nyilatkozatok, részben pedig más tények. Ha ezen előfeltételek valamelyike hiányzik, a biró az eljárást megtagadni köteles. Ezek folytán a biró három különböző alakban sértheti meg az alaki jogszabályt: *a)* a biró nem jár el, holott az eljárás minden előfeltétele megvan; *b)* a biró eljár, holott ezek az előfeltételek nincsenek meg; *c)* a biró eljár, de eljárása nem áll mindazokból a cselekvényekből, melyeket a törvény előir, vagy cselekvénye nem bir azokkal az alakszerűségekkel, melyeket az eljárási szabályok megkövetelnek.

Az első esetben a biró a sértést kétféleképen követheti el. Nevezetesen, a biró az eljárást nem teszi folyamatba, habár ennek előfeltételei: a fél kérelme (keresete) és bizonyos más tények (l. 23. §-t), megvannak. Továbbá a biró ezen feltételek alapján megindítván a pert, folytatását abbahagyta. Mind a két esetben ismét a sértés vagy abból állhat, hogy a biró egyszerűen nem cselekszik, *tétlenül* marad, vagy pedig abból, hogy az eljárás megindítását kifejezetten, tehát egy határozatban megtagadja, felfüggeszti vagy beszünteti. A perjog körébe csak ezen utóbbi eset tartozik; mert ha a biró pusztán tétlensége által követi el a sértést, a mai jogok szerint nem perorvoslatnak, hanem a biró ellen fegyelmi, esetleg büntető eljárásnak van helye.

A második esetben is az alaki jogszabály megsértése kétféle alakban nyilvánulhat. Az egyik, hogy a biró a pert folyamatba teszi, holott ennek valamelyik előfeltétele hiányzik. S midőn az előfeltételt csak a fél kifogása folytán kell figyelembe vennie, annak daczára teszi folyamatba a pert, hogy a fél a perindítás

előfeltételének hiánya miatt kifogást tett. A másik, hogy miután a pert szabályszerűen folyamatba tette, tehát a per megalapíttatott, a biró valamely perbeli cselekvényt végez, noha ennek valamelyik előfeltétele hiányzik. S midőn ezt nem hivatalból kellett észlelni, a cselekvényt annak daczára végzi, hogy őt a fél az előfeltétel hiányára figyelmeztette.

Végül a harmadik esetben is kétféleképen történhetik meg a sértés. Még pedig a biró vagy nem végzi mindazokat a segédcselekvényeket, melyeket a törvény a határozathozatalt megelőzőleg az ügy érdemében elrendel, vagy pedig ezen segédcselekvények s esetleg a határozathozatal is, nem felelnek meg az eljárási szabályok alakszerűségeinek. A mi bizonyos, a határozatot megelőző segédcselekvények mellőzését illeti, ez csak akkor alaki sérelem, midőn ama cselekvényt minden körülmények közt kellett teljesítenie, vagy midőn azt az egyik, illetve mind a két fél beleegyezése nélkül mellőzte, holott ez csak az alapon volt megengedve. De midőn az illető segédcselekvényt a törvény a biró belátására bizza s a biró azt mellőzi, nem sérti meg az alaki jogszabályt.

Az alaki sérelmek legelső esetében, midőn a biró az eljárást megtagadja, felfüggeszti vagy beszünteti, az orvoslás más eljárás szerint történik, mint a többi alaki sérelmek eseteiben. Ez az oka annak, hogy az eljárás megtagadása, felfüggesztése vagy beszüntetése esetében nem is szokás alaki sérelemről beszélni. A fogalommeghatározás szempontjából ez mindenesetre téves. Tekintettel azonban az orvoslás különbözőségére, mi is az alábbiakban csak azokat az alaki sértéseket fogjuk szem előtt tartani, melyeket a biró az eljárás megindítása után az érdemben való határozás előtt vagy épen e körül követ el.

IV. Mennyiben lehet szükség orvoslásra ezen esetben valamely alaki jogszabály megsértése miatt? Itt, mint már fennebb is érintettük, nagy különbséget látunk az anyagi jogszabályok megsértésével szemben. E miatt mindig van orvoslás, de csak a fél perorvoslata, vagyis kérelme folytán. Az orvoslás tehát mindig csak megerőtlenítésből áll. Az alaki jogszabályok megsértésénél nem minden sérelem miatt van orvoslásnak helye és a mennyiben ez nyujtatik, különbséget kell tenni a között, hogy az állam orvoslást nyujt csak a félnek kifejezett kérelme folytán és a között, hogy egyes esetekben azt hivatalból is nyujtja, a nélkül, hogy a fél kifejezetten kérte volna, feltéve mégis, hogy az illető ügy a

bíróságnak, mely az orvoslásra hivatva van, habár más oknál fogva is, elbirálása alá került. Mind a két esetben a sértéseket *semmiségi okoknak* szokás nevezni. Ez a kifejezés azonban nagyon tág. Mert, midőn olyan alaki sérelem forog fenn, a mely csak a fél kifejezett kérelme folytán orvosoltatik, az orvoslás feltétele ugyanaz, mint az anyagi jogszabály megsértése esetében, az tehát szintén csak megerőtlenítés. A biró itt is csak azt teszi, hogy az itéletet a fél kérelme folytán hatályától megfosztja, a mely azonban, ha a kérelem elő nem terjesztetik, hatályban maradt volna. Ezen esetekre tehát a semmiség jogi fogalma nem talál. Ezen fogalom alá csak azok az esetek tartoznak, melyekben a biró a sérelmet hivatalból, a fél kérelme nélkül, orvosolja.[1]

[1] Az alaki sérelmek tekintetében uralkodó fogalomzavarnak nézetünk szerint az az oka, hogy ezt a különbséget kellően figyelembe nem veszik. Általában szokás állítani, hogy *alaki sérelmek semmiséget idéznek elő.* Pedig nyilvánvaló, hogy ez tévedés. Ha egy határozatnak az alaki sérelmek daczára is van hatálya, pedig mindenki elismeri, hogy van, habár azt mondják, hogy csak *látszólagos*: akkor lehetetlen mondani azt, hogy az itélet semmis, mert ekkor semmi hatálya sem volna. Ma csak igen szük korlátok közt áll be a semmiség, midőn a felsőbb biró az itéletet hivatalból is félreteheti. Más esetekben a határozat, legyen az bármily sérelmes, csak megerőtleníthető. Csodálatos, hogy ezt még Plósz sem ismeri fel, pedig ezt a kérdést is igen mélyreható kritikával tárgyalja. Szerinte is, semmiség esetében az érvénytelen itélet látszólag és egyelőre hatályos. Hatályát csak az által veszíti el, hogy a fél bizonyos előírt eljárás szerint megtámadja s ennek folytán a bíróság hatásától megfosztja. Ez azonban nem egyeztethető össze a semmiség fogalmával, melyet ő is helyesen meghatároz s mely szerint «a mi semmis, azt megerőtleníteni nem kell, és az erőre az idő lefolyásával sem emelkedhetik.» Magy. Jogászgyülés Évkönyve. V. évf. (1874.) 251. l. Nem lehet ezen a fogalmon még az itéletnél sem «rést törni», mert ha ezt tesszük, akkor az itélet nem lesz semmis, hanem csak megerőtleníthető. Plósz e felfogáshoz még az akadémiai székfoglalójában is ragaszkodik, a melyet sajnos, csak egy homályos kivonatban sikerült olvasnunk. Ak. Értesítő VI. 479. — Úgy látszik, hogy a perbeli semmiségre vonatkozó téves fogalom a római forráshelyek félreértéséből származott. Ezek az alaki szabályok megsértése miatt hibás itéletet: *sententiam nullius esse momenti*, L. 1. §. 1. D. 6., 12.; l. 1. §. 3. D. 49. 8. sententiam vires non habere L. 2. §. 1. D. 49. 8.; l. 1. C. 7. 64. kifejezésekkel jelölik, mi alatt azonban semmi egyéb nem értetik, mint ezt Bethmann-Hollweg i. m. II. 721. l. is beismeri, mint az, hogy ilyen itélet ellen fölösleges felebbezéssel élni, (l. az idézett forráshelyeket) mert az más birói eljárás útján is megfosztható hatályá-

Egyike a legkényesebb törvényhozási kérdéseknek, vajjon pusztán egy alaki jogszabály megsértése miatt legyen-e helye orvoslásnak és hogy ez csak a fél kérelmére vagy pedig hivatalból nyujtassék? Az elv, a melyet e tekintetben a különböző perrendekben felismerhetünk, az, hogy alaki sérelem miatt csak akkor nyujtandó orvoslás, *ha ez az anyagi jogszabály helyes alkalmazását is gátolhatta.* A mely alaki sérelmekről már eleve bizonyos, hogy azok az anyagi jogszabály megsértését nem idézhetik elő, ott az orvoslás ki van zárva. Ezen elv gyakorlati alkalmazása, s természetesen itt érezhetők leginkább a nehézségek, különbözőképen történik. Majd felsorolják az alaki sérelmeket, az ú. n. semmiségi okokat, melyek miatt kérelemre vagy hivatalból orvoslás nyujtandó, vagy pedig ezt nem teszik, hanem a biró belátására bizzák annak a megállapítását, hogy forog-e fenn orvoslandó sérelem. Jelenlegi jogunk mind a két rendszert követi. A rendes perben a N. 39. §-a egyenkint felsorolja azokat az alaki sérelmeket, melyek miatt a fél orvoslást kérhet, ellenben a sommás perben és a Terv.-ben általában ilyen felsorolás nincs. Itt csak az orvoslás feltételei vannak meghatározva. S. E. 34., 155., 199. §§.; Terv. 228., 526., 566. §§. A N. idézett §-a szerint két rendbeli sérelmek közt kell különbséget tenni, egyfelől azok közt, melyeket a bíróság csak a fél kérelmére vesz figyelembe, másfelől azok közt, melyeket a bíróság hivatalból is orvosol. Az előbbibe tartoznak a következők: a per hivatalból indíttatott *(a)*, sommás perben illetéktelen biró illetőségét megállapítván, a perben eljárt *(d)*, a perben érdekelt biró járt el *(e)*, a fél épen nem vagy törvényszerűen nem lett megidézve *(f)*, az alperes tudva levő lakásának elhallgatásával hirdetményileg idéztetett s e miatt nem jelent meg *(g)*. Hivatalból, azaz a fél kifejezett kérelme nél-

tól — et sine appellatione posse rescindi. L. 5. C. 7. 64. Sőt kifogással is lehetett az actio iudicati esetében ellene élni. Ez a rómaiaknál egyébiránt nemcsak az alakilag sérelmes itéletre állott, hanem arra is, melyben a biró a hatályban lévő *anyagi jogszabályt* nem akarta a kiderített esetre alkalmazni, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur l. 1. §. 2. 49. 8. A *nullitas* kifejezést, melyet az alakilag sérelmes itélet jelölésére szokás használni, a középkorban gyártották. Wetzel: i. m. 785. l. E szót azonban nem használták tulajdonképeni értelemben, mivel mindenki tudta, hogy az alakilag sérelmes itéletet csak külön eljárás útján lehet hatályától megfosztani, mivel mellette mindig a törvényszerűség vélelme harczol. c. 23. X. de elec (1. 6.).

kül is figyelembe veendők: az ügy nem tartozik a polgári bíróság elé *(b)*, az ügy tartozik ugyan a polgári bíróság elé, de az eljáró bíróság nem bir arra nézve hatáskörrel, vagy az illetőségtől nincs helye eltérésnek *(c)*, önképviseletre nem jogosult fél vagy jogi személy a törvényes képviselő mellőzésével járt el a perben *(i)*, a perben valaki meghatalmazás nélkül járt el *(k)*, a bíróság a határozathozatalkor nem volt szabályszerűen alakítva *(l)*, az itélet kiadmánya lényegesen eltér a tanácskozás folytán hozott határozattól *(m)*, az itélet rendelkező része annyira érthetetlen, hogy alaposan felül nem vizsgálható *(n)*, az itélet megelőző birói eljárásnál vagy az itélet hozatalánál *lényeges eljárási szabályok* mellőztettek vagy sértettek meg és e miatt a peres ügy alapos eldöntése lehetetlenné vált *(o)*. Mint ezen felsorolásból látható, kimerítően csak azon alaki sérelmek vannak meghatározva, a melyek csak kifejezett kérelemre orvosolhatók; ellenben azok, melyeknek orvoslása hivatalból is lehetséges, kimerítően felsorolva nincsenek. Az *o)* pont értelmében ugyanis, számos más alaki sérelem is szolgálhat semmiségi okul, melyeket a törvény névszerint nem sorol fel. Ezen körülmény eléggé mutatja, hogy az egyenkénti felsorolás nem vezet czélra, hanem jobb az adott eset szerint elbiráltatni, hogy az orvoslás helyt foglaljon-e vagy sem, a mint ezt a S. E. és a Terv. teszik. Ezek értelmében a felsőbb biró azt is belátása szerint határozza meg, vajjon valamely alaki sérelmet csak a fél kérelmére vagy pedig hivatalból orvosoljon-e? A már fentebb idézett §§. (S. E. 34., 155.; Terv. 228., 526.) meghatározzák, hogy a fél meddig kérheti az orvoslást. Ha oly alaki szabályt sért meg a biró, a melyről a fél lemondhat, a félnek a sérelem miatt még az eljárás folyamán kell felszólalnia, mert különben később orvoslást nem kérhet. Az alatt, hogy a fél alaki jogszabályokról lemondhat, a fentebb kifejtettek szerint csak az érthető, hogy vannak bizonyos perbeli cselekvények, a melyeket a biró mellőzhet, ha a fél azoktól eltekint; ekkor természetesen a reájuk vonatkozó alaki szabály mellőzése nem képezhet sérelmet. Ha a biró egy ilyen cselekvényt a fél beleegyezése nélkül mellőz, neki fel kell szólalnia, mert különben úgy vétetik, mintha a mellőzésbe beleegyezett volna. Más esetekben a fél alaki sérelem miatt (l. fentebb a meghatározást), minthogy joghatályosan nem mondhat le, később is kérhet orvoslást, sőt a biró ezt hivatalból is tartozik nyujtani. A S. E. és a Terv. tehát a hivatalból való

orvoslás eseteit sem határozzák meg kimerítően. Kimerítő felsorolást csak a hivatalból figyelembe veendő alaki sérelmek orvoslásának egyik módjára tartalmaznak, a mennyiben a S. E. 165. és 166. §-ai is a Terv. 531. és 532. §-ai csak azt határozzák meg, mely esetekben kell a felsőbb birónak az elsőfokúlag eljárt biró ítéletét hivatalból *feloldania*. Ezek az esetek a következők: a bíróság nem volt szabályszerűen megalakítva; a biró érdekelt volt és érdekeltségét hivatalból kellett volna figyelembe vennie; a jegyzőkönyvezésre vonatkozó szabályok megsértésével a jegyzőkönyvbe a felek vagy képviselőik írták be vagy mondották be nyilatkozataikat; önképviseletre nem jogosult felek törvényes képviselőik mellőzésével jártak el; valaki meghatalmazás nélkül járt el; az alperes tudvalevő lakásának elhallgatásával hirdetményileg idéztetvén meg, a tárgyalásra meg nem jelent; az ügy nem tartozik a polgári perútra, vagy a pert más hatóság előtti eljárásnak kellett volna megelőznie; az ügy nem tartozik az illető bíróság hatáskörébe; végül az illetőségtől nincs helye az eltérésnek.

Hogy a mi törvényeink a fél kérelmére és hivatalból nyujtandó orvoslás közt különbséget tesznek, annak oka az, hogy a törvény nem minden alaki sérelemnek tulajdonít ugyanazon jelentőséget. Vannak alaki sérelmek, melyekről nem tételezi fel, hogy az anyagi jogszabály helytelen alkalmazását előidézhették volna, ha e miatt a fél panaszt nem tesz; más alaki sérelmeket ellenben oly nagy jelentőségűeknek tekint, hogy azokról mindig feltételezi, hogy az anyagi jogszabály helytelen alkalmazását vonták maguk után, miért is a felsőbb bíróságnak, ha az ügy más oknál fogva is kerül eléje, azokat hivatalból kell orvosolnia.[1]

[1] Régibb perjogunkban a semmiségi okok, a melyek miatt oppositióval lehetett élni, nem voltak tüzetesen meghatározva. Az ideiglenes törvényk. szabályok 104. §-a egyenként meghatározza az eseteket, melyekben a fél semmiségi panaszszal élhet a fölöttes bíróság előtt. De ezen alaki sérelmeket a bíróság hivatalból is vehette figyelembe, tehát azok igazi semmiségi okok is voltak. Ellenben a T-ban tüzetesen vannak meghatározva úgy a fél kérelmére mint a hivatalból figyelembe veendő alaki sérelmek 297. és 304. §§. Egészben véve ezt követi a N. is. A *német* és az *osztrák* perrendek megegyeznek a S. E. és, a Terv. rendszerével, mert azok sem sorolják fel egyenként az alaki sérelmeket, melyek miatt a felsőbb bíróság hivatalból vagy kérelemre orvoslást nyujt. A *franczia perrend* szerint csak a törvényben meghatározott esetekben semmisíthető meg (pourra être de-

V. Az anyagi és alaki jogszabályok megsértésénél az, hogy a biró rosszhiszeműleg vagy gondatlanul járt el, vagy pedig a sértést a teljes gond kifejtése daczára idézte-e elő, teljesen közömbös. A biró sértést követ el s a miatt orvoslás nyujtandó, ha az általában az ő tényére vezethető vissza. A biró rosszhiszeműsége itt csak annyiban játszik szerepet, hogy annak alapján bizonyos körülmények közt az orvoslás hosszabb ideig lehetséges. Még akkor is a biró ténye az alaki vagy anyagi jogszabály megsértésének *közvetlen* oka, ha őt az ellenfél vagy egy harmadik személy bizonyos tényekre nézve tévedésbe ejtette. Ezen személyek tehát a sértésnek csak *közvetett* okozói lehetnek. Előfordul ez pl., midőn a tanu hamisan vall, midőn a felperes az alperest tudvalevő lakásának elhallgatásával hirdetményileg idézteti, s az ennek folytán nem jelenik meg, vagy midőn valaki meghatalmazottként lép fel, a nélkül, hogy meghatalmazva volna. Egészen más kérdés az, hogy ezen közvetett sértő tények miatt, a szokottnál hosszabb ideig is lehet orvoslást kérni.

## 55. §. Az orvoslást nyujtó bíróságok és a perorvoslatok fajai.

I. A perbeli hátrány, mely a felet mulasztása vagy az anyagi vagy alaki jogszabálynak a biró által történt megsértése miatt éri: orvosoltatik vagy ugyanazon biró által, a ki az ügyben eljárt vagy egy más biró által. Tudjuk, hogy ez a különbség a perorvoslat fogalmára befolyással nem bir, de azért mégis nagy kihatása van a perorvoslatok rendszerére és azok fajaira. A fél mulasztása esetében az orvoslást szabályképen ugyanaz a biró nyujtja, a ki előtt a fél a mulasztást elkövette és csak kivételesen egy más biró. Nevezetesen előfordul ez a kivétel a felebbezési eljárásban, midőn a félnek megengedtetik, hogy azokat a tényeket, melyeket az elsőfokú bíróság előtt felhozni elmulasztott, pótolhassa. Az anyagi és alaki sérelmeket ismét szabályként egy magasabb bíróság orvosolja és csak kivételesen az, mely a sértést elkövette. E kivétel értelmében a törvény megengedi, hogy a biró a határo-

claré nul), azaz fosztható meg hatályától az itélet, a melyekben ezt a törvény megengedi 1030. Ezt azonban csak azon alaki sérelmekre szokás érteni, melyeket a bíróság csak a fél kérelmére vesz figyelembe, nem pedig azokra is, melyek hivatalból figyelembe veendők. GARSONNET: i. m. II. 26. s. k. ll.

zatában előforduló bizonyos hibákat az eljárásnak újból való megnyitása által orvosolhassa.

Hogy mulasztás esetén az orvoslást az a biró nyujtsa, a ki előtt a fél a mulasztást elkövette és hogy az anyagi és alaki sérelmek miatt az orvoslás rendszerint egy magasabb biró által történjék: oly szabályok, a melyek helyessége eléggé nyilvánvaló. Midőn a fél mulaszt, a fél ténye forog szóban, nincs tehát semmi ok, hogy ne az ügyben eljáró bíróra bizzuk azt meghatározni, vajjon a fél mulasztásából eredő hátrány elháritható-e vagy sem. Ezt a biró ép oly alaposan eldöntheti, mint a hogy a mulasztás esetén kivül elbirálhatja a fél cselekvényeit. De midőn a biró által elkövetett sértésekről van szó, rendszerint nem lehet az orvoslást ugyanarra a bíróra bizni, a ki a sértést elkövette, mert itt a bírónak saját tényei fölött kellene határoznia. Előreláthatólag pedig a biró saját hibáit nem fogja vagy legalább nem lesz hajlandó felismerni s igy a fél rendszerint orvoslást nem is kapna. Ezért szükséges, hogy ilyenkor a sértő biró eljárását egy más bíróság birálja fölül s ez nyujtsa az orvoslást. Ezt a sértő bíróra csak kivételesen lehet bizni, midőn a körülményekből feltehető, hogy hibáját önmaga fogja felismerni, vagy pedig őt a felsőbb biró a miként való orvoslásra egyenesen utasította, vagy e nélkül is, midőn az orvoslás egy magasabb bíróság által nem lehetséges.

A perorvoslatok, melyek szerint a jelenlegi jogokban egy felsőbb biró nyujtja az orvoslást: *a felebbezés, felülvizsgálat* és *felfolyamodás*. Azok a perorvoslatok pedig, melyek szerint az orvoslást azon bíróság nyujtja, a melynek eljárása alatt a felet a hátrány érte: *az előbbi jogállapotba való visszahelyezés különböző eszközei,* különösen: *igazolás, ellenmondás* és *perujítás* és egyéb perorvoslatok, melyek a birói sértés orvoslására szolgálnak, mint *a határozat kiigazítása, kiegészítése, újabb eljárás feloldás folytán,* az ú. n. *semmiségi per,* esetleg *perujítás*. Mi is itt előbb amazokat, azután emezeket fogjuk tárgyalni.

II. Ezt megelőzőleg azonban a perorvoslatoknak még egy más osztályozási alapját kell kiemelnünk. Azon perorvoslatokat, melyek folytán az ügy egy magasabb biró elé vitetik, csak bizonyos rövidebb ideig lehet igénybe venni, a melynek elteltével, ha a fél perorvoslattal nem élt, a határozat a magasabb biró előtt többé meg nem támadható. Ezt jelenti az, hogy az itélet *jogerőre emelkedik*. Ennek pedig az itélet hatálya tekintetében igen neve-

zetes következményei vannak, melyeket mi a jogerős itélet következményeinek nevezünk. (L. 44. §-t.) Ellenben azokat a perorvoslatokat, melyek által az ügy ismételten ugyanazon biró elé vitetik, rendszerint még akkor is lehet igénybe venni, miután már ama következmények beállottak, azaz már ki van zárva, hogy az ügy egy magasabb biró által felülbiráltassék. Ezen perorvoslatok közül kettő: a *perujítás* és a *semmiségi kereset* egyenesen a felebbviteli perorvoslatok pótlékát képezi, a mennyiben oly hátrányok orvoslására szolgálnak, melyeket a felebbvitel útján kellett volna orvosolni. De, miután ezzel többé már nem lehet élni és miután bizonyos hátrányokat orvoslás nélkül hagyni mégis túlszigorú volna: a törvény egy kisegítő utat választ s megengedi az orvoslást ugyanazon biró által, ki előtt őt a hátrány érte. Mi ezeket *rendkívüli perorvoslatoknak* nevezzük, mert alkalmazásuk kivételes és kisegítő, míg ellenben a többi perorvoslatokat *rendeseknek* lehet nevezni. A rendkívüli perorvoslatoknak jellemző sajátsága, a mi meghatározásunk szerint tehát nem az, hogy az itélet jogerőre emelkedése után is vehetők igénybe, mert van más perorvoslat is, nevezetesen az igazolás, mely az itélet jogerőre emelkedése után is igénybe vehető és még sem tekintjük rendkívülinek; az sem, hogy az orvoslást ugyanazon bíróság nyujtja, mely előtt a felet a hátrány érte: hanem az, hogy oly hátrányok orvoslására szolgálnak azon biró előtt, mely előtt azok a felet érték, melyeket felebbvitel útján kellett volna orvosolni, de ez valamely oknál fogva nem történt vagy pedig egy magasabb biró útján való orvoslás nem mutatkozik többé czélszerűnek. Ellenben más perorvoslat ugyanazon biró előtt, névszerint az igazolás habár már olyankor vétetik igénybe, midőn az ügy magasabb biró elé többé nem vihető, tehát már jogerőre emelkedett, ezzel a felebbviteli orvoslást pótló jelleggel nem bir; ennek egészen különös rendeltetése van.[1]

[1] Mi ezek szerint a *rendes* és *rendkívüli perorvoslat* közötti megkülönböztetést nem tartjuk elvetendőnek, mint ezt az irók ujabban általában tartják. L. Plósz: Magy. Jogászgy. Évk. ötödik évf. I. 253. l.; Schreyer: i. m. 33. l.; Sőt ellenkezőleg, annak a viszonynak felismerésére, mely a perorvoslatok közt fennáll, igen hasznosnak. Szükséges tudni, hogy mely perorvoslatok azok, melyek a felebbviteli perorvoslatok pótlására szolgálnak. Ebből a szempontból a pótló orvoslatokat rendkívűlieknek nevezni, egészen találó. Nincs azonban ezen elnevezésnek jogosultsága, ha azt más

Szokás a perorvoslatoknak még egyéb fajait is megkülönböztetni. De, miután ezek a perorvoslatok egész rendszerét át nem hatják, annak megértésére jelentőséggel nem birnak, azoktól itt egészen eltekintünk.

## A) *Perorvoslatok magasabb bíróság előtt.*

### 56. §. Felebbezés.

I. Az anyagi jogszabály megsértése mindig az itéletben mutatkozik, ennélfogva az orvoslás is mindig az itélet ellen irányul. Az erre a czélra szolgáló perorvoslat a *felebbezés*. Ennek folytán ugyanis az ügy egy magasabb bíróság elé vitetik, felebbvitetik, a mely bizonyos a törvényben meghatározott eljárási szabályok szerint az ügyet felülbirálván, a sérelem kérdésében határoz. Szabályként a félnek meg van engedve, hogy az ügyet bizonyos *határidőn* belül a magasabb biró elé vihesse, azért a törvény nem is engedi, hogy annak elteltéig az itélet jogererejének következményei beálljanak. A fél akkor nem élhet felebbezéssel, ha ezt köztekinteteknél fogva a törvény kifejezetten kizárja. Ilyen kivételek a mi jogunkban is vannak, azokról alább fogunk megemlékezni.

II. Azonban már régen belátták, hogy az anyagi jogszabályon esett sérelem orvoslására rendelt sajátszerü felebbezési eljárás azon *alaki sérelmek* orvoslására is alkalmas, a melyek az eljárás megindítása után merültek fel. Ennek következtében a felebbezés eredeti rendeltetésén túlterjedő alkalmazást nyert. Hogy ez menynyiben történt, igen tanulságos a felebbezés lényegének megértésére. A mai jogoknak e tekintetben az az álláspontja, hogy az alaki sérelmek orvoslása csak a felebbezési eljárás szerint történhetik. Nem engednek tehát az alaki sérelmek orvoslására más

ismérvhez kötjük, nevezetesen ahoz, melyet e részben a középkori jogokban felállítottak, hogy minden perorvoslat, melylyel a felebbezésre megállapított 10 napi határidő eltelte után lehet élni, rendkívüli perorvoslat. Wetzel: i. m. 670. l. A *franczia perrendben* sincs helyesen téve különbség rendes és rendkívüli perorvoslatok közt. Itt rendes perorvoslatok: a felebbezés (l'appel) és az ellenmondás (opposition); rendkívüliek: felülvizsgálat (pourvoi en cassation), perujítás (requéte civile) és az u. n. prise à partie. Ezek közül azonban a mi felosztásunk szerint csak a requéte civile rendkívüli perorvoslat.

perorvoslatot, nevezetesen az u. n. *semmiségi panaszt* (querela nullitatis), hanem, a ki alaki sérelem miatt akarja az itéletet megtámadni, ezt ugyanazon szabályok szerint kell tennie, melyek az anyagi sérelem orvoslására szolgálnak. És a felebbezés az alaki sérelem orvoslására legalábbb rendszerint, önállóan is szolgál; azaz a fél önmagában az alaki sérelem miatt is élhet felebbezéssel, a nélkül, hogy az itéletet az anyagi jogszabály megsértése miatt is megtámadná. Ezeknek a különböző eseteknek ugyanazon eljárás alá való foglalása azon oknál fogva történt, mert belátták, hogy teljesen fölösleges, különböző perovoslatokat és ennek kapcsán különböző perorvoslati eljárásokat a perjogokba beilleszteni, midőn a különböző sérelmeket ugyanazon eljárási szabályok szerint lehet orvosolni. A régebbi jogokban, sőt nálunk még ujabban is, ez másképen volt. Ezek szerint a felek választásához képest vagy épen kötelezően az alaki sérelmek orvoslására *a semmiségi panasz* szolgált, nem pedig a felebbezés.[1] A T. szerint (297—

[1] A későbbi római jog szerint a fél az itélet elleni felebbezésben az alaki sérelmek miatt is kérhetett orvoslást. Sőt, mint már ki is fejtettük az alaki jogszabályok megsértésével hozott itélet ellen az alperes olykép is védekezhetett, hogy midőn az actio iudicatival megtámadtatott, az itélet ellen kifogással élt. Azonban a fél az alakilag sérelmes itéletet egy *önálló keresettel* is megtámadhatta. Ez a kereset volt a Justinianus előtti jogban a *revocatio in duplum*; a későbbi jogban is előfordul, habár az elnevezés reá többé nem volt alkalmazható, mert a kétszeresre való büntetés meg lett szüntetve. A *querela* elnevezés, melylyel a középkori jogászok jelölték, a római jogforrásokban előfordul, a nélkül azonban, hogy a semmiségi panasz megjelölésére műkifejezés gyanánt használták volna. A kérdésünkre döntő helyen azonban l. 3. C. 7. 43. csakugyan semmiségi panaszt jelent. — A facultativ semmiségi panasz átment a canon és más középkori jogokba is, s a római forráshelyek alapján különösen az olasz jogászok által nyert további kifejtést. E panasz a fél választása szerint emelhető volt a birónál, ki a sértést elkövette vagy a fölötte álló magasabb birónál. Ha az ügyben a legfelsőbb biró itélt, ezzel az alaki sérelmek is, melyek a tételes jogon alapultak, orvosolva lettek, a természetjogon alapulókat azonban ez a határozat nem orvosolta. Ezen alapult a *defectus* vagy *nullitas sanabilis* és *insanabilis* közti különbség. Ezen utóbbinak orvoslását, melynek esetei azonban nem voltak tüzetesen megállapítva, még a legfelsőbb döntés után is lehetett kérni az előbbiét nem. Sőt az egyes helyi jogok szerint a defectus sanabilis orvoslását csak a rendes felebbezési határidőn belül — tíz nap — lehetett kérni. Ennek elteltével az orvoslás meg lett tagadva, habár a fél nem is élt felebbezéssel. A közönséges német jog szerint, ha

305. §.) alaki sérelmek miatt nem felebbezésnek hanem mindig csak semmiségi panasznak volt helye a kir. Curia egyik osztályához, a Semmitőszékhez, tekintet nélkül arra, hogy mely fokú bíróság sértette meg az alaki jogszabályt. Ez a rendszer, mely a franczia jog teljes félreértése folytán jutott be a mi jogunkba, a legvisszásabb következményekkel járt, mert lehetővé tette, hogy ugyanazon ügyben ötször lehessen perorvoslattal élni: kétszer felebbezéssel, a kir. itélő táblához és innen a legfőbb itélőszékhez és háromszor semmiségi panaszszal valamely alaki jogszabály megsértése miatt, az első- másod- es harmad fokú bíróságtól mindig közvetlenül a Semmitőszékhez. Ezt a visszás felebbviteli rendszert a N. megszüntette,[1] s behozta azt, melyet az ujabb jogok általában követnek, s melynek értelmében mindig a felebbezési eljárás szerint az illető felebbezési bíróság előtt kell orvoslást kérni nemcsak az anyagi, hanem az alaki sérelmek miatt is; s ezek miatt a fél felebbezéssel élhet, habár az anyagi jogszabály megsértése miatt felebbezéssel nem élt. (38. §.) A S. E. és a Terv. is követik ezt a szabályt, a nélkül, hogy kifejezetten kimondanák.

III. A felebbezés közvetlenül mindig az itélet ellen irányul, melyet a fél valamely anyagi vagy alaki jogszabály megsértése miatt hátrányosnak tart, közvetve azonban azon *pervezető határozatok, végzések* ellen is van irányítva, a melyek az itélethozatalt megelőzték, a mennyiben a sérelmes itélet hozatalának okai voltak. Lehet, hogy egy pervezető határozat nem ütközik az alaki jogszabályokba, de mégis az anyagi jogszabály megsértését vonta maga után. Ez akkor fordul elő, midőn valamely perbeli cselekvény véghezvitele a biró belátására van bizva, s melyet a biró vég-

a fél felebbezéssel élt, ebben az alaki sérelmek orvoslását is kellett kérnie; ekkor külön semmiségi panaszszal nem élhetett. De ha a fél nem felebbezett, még a felebbezési határidő *elteltével* is léphetett fel semmiségi panaszszal. Később azonban itt is a defectus sanabilis-en alapuló semmiségi panaszt a felebbezési határidőn belül kellett előterjeszteni s *az mindenben a felebbezés szabályai alá esett*; csak azon semmiségi panaszszal, mely defectus insanabilis-en alapult, lehetett a rendes elévülési időn belül fellépni, és csak ez nyert a semmiségi panasz különös szabályai szerint elintézést. A részleteket l. WETZEL: i. m. 782—813. l. Nyilvánvaló ebből a törekvés az után, mi az ujabb jogokban van keresztül vive: az alaki sérelmek orvoslását az anyagi sérelmek orvoslásával egyenlő szempont alá vonni.

[1] L. még FODOR-MÁRKUS: i. m. I. 480. s k. ll.

hezvivén, az itéletben az anyagi jogszabályt alkalmazza rosszul. Pl. a biró végzéssel a tárgyalást berekeszti, vagy megtagadja a tanuhoz intézni kérdést, melyet az egyik fél indítványoz, s ez azt vonja maga után, hogy a tényállás nincs kellően kiderítve, minek folytán az itéletben az anyagi jogszabály alkalmazása is rossz. Midőn pedig az itélet megelőző pervezető határozat az alaki jogszabály megsértésével jött létre, e miatt az előző pont értelmében lehet felebbezéssel élni. Mert, ahhoz, hogy az itélet az alaki jogszabály megsértése miatt sérelmesnek tekintessék, természetesen nem kivántatik az, hogy a biró olyan alaki jogszabályt sértsen meg, a mely közvetlenül az itélethozatalra vonatkozik, hanem vonatkozhatik a sértés az ezt megelőző segédcselekvényekre, a feleknek meghallgatására a bizonyító eszközök észlelésére is, s e tekintetben hozta az alakilag sérelmes pervezető határozatot. Pl. a biró olyan személynek tanuként való kihallgatását rendelte el, a kit hivatalból nem szabad tanuként kihallgatni. (S. E. 85. §.) Ezzel az utóbbi esettel itt nem is kell foglalkoznunk, hanem csak az előbbi tekintetében kell utalnunk arra, hogy egy pervezető határozat miatt, mely önmagában alakilag nem sérelmes, nem lehet élni önállóan felebbezéssel, hanem csak akkor, ha a fél az itélet ellen más oknál fogva, egy anyagi vagy alaki jogszabály megsértése miatt él azzal. (V. ö. N. 52. §.) Ez tehát nem önállóan, hanem csak kapcsolatosan kerül felülbirálás alá, mint oka egy anyagi vagy alaki jogszabály megsértésének, a mely miatt a fél az itélet ellen felebbezéssel él. V. ö. S. E. 129. §., Terv. 506. §.

IV. A felebbezés az előadottak szerint akár egy anyagi, akár pedig egy alaki jogszabály megsértése forog szóban, mindig az ügy érdemében hozott *itélet* ellen irányul. Mióta az anyagi és alaki sérelmek közt az orvoslás módját tekintve, különbséget nem tesznek, a felebbezésnek az a legjellemzőbb sajátsága, hogy az ügy érdemében hozott itélet ellen irányul. Ennek az itéletnek nem kell épen az egész pert befejező itéletnek, végitéletnek lenni. Az lehet közbenszóló itélet is, midőn a biró az alap és mennyiség szerint elválasztható követeléseknél előbb az alap fölött itél (S. E. 105. §. Terv. 400. §.), vagy lehet egy részitélet, midőn a biró a követelésnek csak egy része fölött döntött (S. E. 103., 104. §§.; Terv. 398., 399. §§.). Egyes esetekben azonban a felebbezés *más természetű határozatok* ellen is, a melyek a végitéletet megelőzik vagy pedig azt követik, önállóan is van megengedve.

Nevezetesen történik ez a rendes perben, midőn a bíróságnak előzőleg egy más jogviszonyt kell elbirálnia, mielőtt a perbevont jogviszony fölött itélne (T. 188., 238., 244. §§., N. 22., 80., 82., 86. §§., Terv. 195. §.). Ezenfelül a Terv. megengedi ezt akkor is, midőn a bíróság pergátló kifogások kérdésében határoz (186. §.), a T. 244. §-a és a N. 22. §-a bizonyos az itélethozatalt követő határozatok ellen is. Ez azonban a felebbezésnek nem a tulajdonképeni, hanem csak egy átvitt körben való alkalmazása. A rendes perben ez világosan jut kifejezésre az által, hogy a N. 32. §. 3.-ja e határozatokat nem is nevezi itéleteknek, hanem végzéseknek s ezeket ama §. egyenként felsorolja. (l. a T. és N. fentebb idézett §-ait). S ezen az elnevezésben való megkülönböztetés teljesen indokolt is. A Terv. azonban ettől eltér s azt az egy határozatot is, a mely ellen az önálló felebbezést megengedi a nélkül, hogy benne a biró az ügy érdemében határozna, a pergátló kifogások tárgyában hozott határozat (186. §.) épen a megengedett felebbezésre való tekintettel, itéletnek nevezi.

## 57. §. A felebbezési eljárás.

I. Áttérve most a felebbezési eljárás ismertetésére, itt épen csak az eljárást jellemző alapelvek rövid vázolására szorítkozunk.

A felebbezési eljárás körül két különböző rendszerrel találkozunk. Az egyik, hogy a felsőbb bíróság csak a felebbező fél kérelmét hallgatván meg, határoz a sérelmes itélet tárgyában. Ezt követi a mi jogunk a rendes perben. V. ö. N. 32—50. §. A másik, hogy a felsőbb bíróság nemcsak a felebbező felet, hanem az ellenfelét is meghallgatja. Ez abból áll, hogy a törvény a felebbező fél ellenfelének módot nyujt a felebbezési kérelemre nyilatkozni. E nyilatkozás alakja természetesen más a tiszta irásbeli pereknél, mint azoknál, melyek a szóbeliségen is alapulnak. Ez utóbbiaknál a nyilatkozás rendszerint olykép történik, hogy a bíróság a felebbezési kérelem tárgyalására határnapot tűz ki s arra mind a két felet megidézi, de történhetik egy periratban is, melyet a fél még a tárgyalás előtt a felebbezés folytán benyujt.

E nyilatkozás jogi természetének megitélése czéljából előbb egy más kérdést kell kifejtenünk. A felebbező bíróság felülbirálása mindig csak azon keresetre, beleértve ennek tényalapját is, vonatkozik, melyet a felperes az első fokú bíróság előtt előterjesztett.

Keresetváltoztatás még az ellenfél beleegyezésével sincs megengedve, mert ez az itélkezés fokozatait megrövidítené, a mit a törvény köztekintetekből soha sem enged meg. Máskép áll a dolog a kifogások, ellenkifogások, bizonyító tények és eszközök tekintetében. Ezeket illetőleg a törvényhozások két különböző rendszert követnek. Vagy megengedik azt, hogy a felebbezési bíróság előtt oly kifogásokat, ellenkifogásokat, bizonyító tényeket és bizonyító eszközöket lehessen felhozni, melyeket a fél az első fokú bíróság előtt nem hozott fel, vagy pedig ezt nem engedik meg. Az első esetben a felebbezési tárgyalás az első fokú bíróság előtti tárgyalásnak nemcsak ismétlése, hanem *folytatása* is, minek következtében a felebbezési eljárás peranyaga bővül, azaz nagyobb mint a minő az első fokú bíróság előtti peranyag volt. Az utóbbi esetben a felebbezési tárgyalás kizárólag csak *ismétlése* az első fokú tárgyalás anyagának. Ha az előbbi esetet jól megfigyeljük, akkor arra az eredményre jutunk, hogy ott *előbbi állapotba való* visszahelyezés forog fenn,[1] a törvény megengedvén a félnek a felebbezési bíróság előtt kifogásokat, ellenkifogásokat felhozni, melyeket már az első fokú bíróság előtt lett volna kötelessége előadni és oly bizonyító tényeket és eszközöket megnevezni, melyeket szintén az első fokú bíróság előtt kellett volna felhoznia. Hogy ezt megengedni czélszerű-e, nagyon vitás kérdés. Mi, részünkről helyeseljük, mert abban nem rejlik a birói fokozatok megrövidítése, ez csak akkor forogna fenn, ha a keresetváltoztatás volna megengedve.

Midőn a törvény az említett új tényeket (nova) a felebbezési eljárásban felhozni meg nem engedi, a felebbező fél ellenfelének nyilatkozata csak arra szorítkozhatik, hogy azt az érvelést czáfolja, mely szerint a biró a bizonyító tényeket nem jól észlelte volna, vagy ezekből nem jól következtetett volna a bizonyítandó tényekre vagy végül, hogy ezeket nem helyesen foglalta volna az anyagi jogszabály alá. A felebbezési kérelemnek a czáfolása, bármennyire is megkönnyíti a felebbezési bíróság munkáját, nem kötelessége a félnek, hanem csak egy *megengedett cselekvénye;* mert pusztán azért, hogy ezt elmulasztotta, a félre semmi perbeli hátrány sem hárul. A mulasztás azon következményei, melyek az előző fejezet

[1] Ezt Plósz is így adja elő, Beiträge 111. l.; sőt már Wetzel: is. I. m. 756.

szerint beállanak, ha a fél a kereset tényalapjára, kifogásokra, ellenkifogásokra stb. nem nyilatkozik, itt nem következhetnek be. A felebbezési bíróság azt, hogy a felebbezési kérelem mennyiben teljesithető, *hivatalból* tartozik megitélni. Ha azonban az új tények felhozatala meg van engedve, ezekre a nyilatkozás az ellenfél részéről *kötelesség*, melynek elmulsztásához az előbbi fejezetben kifejtett következmények füződnek. És ezt természetesnek is fogjuk találni, mert a felebbezési tárgyalás csak folytatása az első fokú bíróság előtti tárgyalásnak.

A S. E. és a Terv. azt a felebbezési rendszert követik, melynél fogva a felebbezési kérelem alapján a felek szóbeli tárgyaláson meghallgattatnak. Megengedik, hogy a felek új kifogásokat, ellenkifogásokat, bizonyító tényeket és bizonyító eszközöket hozzanak fel, a melyekre a másik felet nyilatkozási kötelesség terheli, melynek elmulasztásához ugyanazok a következmények füződnek, mint az első fokú bíróság előtti nyilatkozás elmulasztásához. V. ö. S. E. II. czim, első fejezet; Terv. V. czim, első fejezet. Ellenben a rendes perben a hiróság csak a felebbező fél felebbazését veszi figyelembe és nincs megengedve, hogy abban új kifogások stb. adassanak elő. N. 29. §.

Lényegesen különbözik a felebbezésre való nyilatkozástól az, vajjon a felebbező fél ellenfelének meg van-e engedve a felebbezési határidő eltelte után a maga részéről is felebbezni azon az alapon, hogy a másik fél is felebbezett? Ezen felebbezést a felebbezési határidő elteltével, tekintettel a másik fél felebbezésére, *csatlakozásnak* (adhæsio) nevezzük. A csatlakozás jogi természete az, hogy csak azon feltétel alatt vétetik figyelembe, ha a felebbezés is elbirálás alá kerül. Ha ezt a bíróság valamely alakszerüség hiánya miatt visszautasítja vagy a felebbező fél visszavonja, a csatlakozás hatályát veszíti. Csatlakozás a rendes perben nincs megengedve, de előfordulhat a sommás perben (S. E. 147. §.) és a Terv. szerint általában (519. §). Ha az ellenfél csatlakozással vagy önálló felebbezéssel nem élt, a bíróság az itéletet a felebbező hátrányára nem változtathatja meg. Ezt a hátrányos megváltoztatást (reformatio in peius) az ujabb jogok azért nem engedik meg, mert a felebbezés közösségének elvét (communio apellationis), melynél fogva az egyik fél felebbezése a másik javára is szolgál, nem ismerik.

II. A felebbezési bíróság az első fokú bíróság itéletét *helyben-*

*hagyja*, midőn az ebben foglalt parancsot fentartja, *megváltoztatja*, midőn az első fokú bíróság ítéletét hatályon kivül helyezi és más parancsot bocsát ki, *megsemmisíti (feloldja)*, midőn az első foku bíróság itéletét hatályon kívül helyezi, a nélkül, hogy az ügy érdemében új parancsot bocsátana ki. E legutóbbit a mi perjogunk szerint a rendes perben (N. 40., 41. §§.) a bíróság csak akkor teheti, ha a tények nincsenek eléggé kiderítve, — *feloldás* — a mi miatt az anyagi jogszabályt sem lehet helyesen alkalmazni, vagy oly alaki jogszabály van megsértve, — *megsemmisítés* — a mi az anyagi jogszabály helyes alkalmazását is kizárja. Az előbbi esetben mindig, az utóbbiban pedig akkor, midőn az alaki jogszabály megsértése miatt az eljárást nem kell beszüntetni, a feloldó, illetve megsemmisítő határozat (végzés), parancs ujabbi eljárásra vagy csak ujabbi itélet hozatalra; a beszüntető határozat pedig mindig parancs a felpereshez, melynek értelmében a perindítás valamely előfeltételének hiánya miatt a jogviszony elbirálását nem kérheti. A sommás perben s általában a szóbeliségen alapuló perekben a felebbezési bíróság abból az okból, hogy a tények nincsenek jól kiderítve, nem utasítja az alsóbb bíróságot újabb eljárásra és itélethozatalra, a megfelelő kiderítést önmaga foganatosítván. Itt az újabb eljárásra vagy csak itélethozatalra való utasítás akkor foglal helyt, midőn egy alaki jogszabály lett megsértve; sőt bizonyos esetekbén az eljárás e miatt be is szüntethető. A S. E. és a Terv. ezen eseteket nevezik *feloldásnak* (S. E. 165., 166. §§.; Terv. 531., 533. §§.) — Azonban soha sem oldhatja fel a felebbezési bíróság az elsőfokú bíróság itéletét azon okból, mert a helyesen kiderített tényállásra az anyagi jogszabályt nem jól alkalmazta, s így nem utasíthatja az alsóbb bíróságot arra, hogy azt helyesen alkalmazza; ezt neki magának kell tennie, mert a felebbezési bíróság nemcsak cassatorius, hanem reformatorius hatáskörrel is bír.

A felebbezési bíróság nem változtathatja meg nagyobb terjedelemben az első fokú bíróság itéletét, mint a melyben azt a fél kérte és nem változtatja meg semmi részében sem az első fokú bíróság itéletét, midőn a fél az itélet feloldása mellett az eljárás beszüntetését kéri, s a felebbezési bíróság úgy találja, hogy erre ok nincs. Ha a fél csak feloldást kérne ujabb eljárás elrendelése mellett, ez nem volna szabályszerü felebbezési kérelem; mert nincs benne megjelölve, hogy a fél az alsóbb bíróság itélete helyett minő véghatározatot kiván; ezt a kérelmet a bíróság hivatalból vissza-

utasítani tartoznék. Az előbb említett két tételre vonatkozik az a szabály, hogy a felebbezési bíróság határozatában a felek kérelmeihez van kötve, mert csak ezek közt hárul át az ügy az ő hatáskörébe (devolutio), kivételt képeznek azok az alaki sérelmek, melyek miatt a bíróságnak az itéletet hivatalból kell feloldania, illetve megsemmisíteni. (L. 326. s k. ll.) [1]

## 58. §. Felülvizsgálat.

I. Szabálynak tekinthetjük azt, hogy a felebbezési bíróság itélete ellen, még mielőtt ez jogerőre emelkednék, további perorvoslatnak van helye egy magasabb bírósághoz. A legtöbb perjog a másodbíróság itéletét nem tekinti véglegesnek, nem fűzi hozzá

[1] Régibb perjogunk szerint, habár az eljárás tisztán irásbeli volt, a felebbezési bíróság az ellenfél meghallgatása mellett határozott. E czélból az ellenfél külön keresetlevéllel perbe hivatott a kir. itélő tábla elé, mely előtt a felebbezési eljárás *peremeléssel* kezdődött. Ez abból állott, hogy a felebbező fél felebbezési szándékát és indokait jegyzőkönyvbe foglalta s erre az ellenfél nyilatkozott. A peremelés mindig a kir. táblán történt, még akkor is, midőn a döntés az ügyben a hétszemélyes táblát illette. Új tényeket (nova) felhozni, nem volt megengedve. A csatlakozást és a felebbezés közösségének elvét régi jogunk szintén nem ismerte Frank i. m. II. 266. és 268. ll. Régi perjogunk az a tétele, hogy a felebbezési eljárás peremeléssel veszi kezdetét, melynél a perbe bocsátkozás mintájára, az alperes is meghallgattatik, a későbbi római jogból ered (l. 2. §§. 2., 3. C. VII. 63.), melyet az egyházjog és a német közönséges jog is átvett. Itt kettős meghallgatás volt szükséges. Az egyik előfordult a felebbezés benyujtásánál, melyet a középkorban *introductio*-nak neveztek s abból állott, hogy a felebbező fél a felebbezés feltételeit és kellékeit igazolta. Minthogy azonban a felebbező fél ellenfelének jelenléte az introductionál csak a felebbezés meghallgatására szorítkozott, különösen a particuláris jogok behozták azt, hogy az utóbbival a bíróságnál benyújtott felebbezés *irásban* közöltetett s neki a felebbezésre való nyilatkozás czéljából csak egy későbbi határnapon kellett megjelennie, mi czélból régebben másodszor kellett megjelennie. Sőt, miután az irásbeliség egészen elterjedt, az ellenfélnek nem is kellett megjelenni, csak egy *periratban* kellett a felebbezésre válaszolni. *A kétoldalú meghallgatás azonban mindvégig képezte a szabályt.* Ettől, különösen a particularis jogok, kivételesen mégis eltértek. A feleknek már a római jog szerint l. 4. C. VII. 63. meg volt engedve a felebbezési eljárásban *új* tényeket felhozni. Ezt az egyházjog c. 10. X. 2. 22. és a közönséges német jog is megengedte; ez utóbbi azonban csak mint kivételt, annak eskü alatti igazolása mellett, hogy azokat korábban nem használhatta.

azonnal a jogerős itélet következményeit, hanem megengedi a feleknek, hogy bizonyos határidőn belül, annak felülbirálását a harmadbiróság előtt kérhessék. Ezt úgy is fejezhetjük ki, hogy a legtöbb törvény *háromfokú biráskodást* enged.[1]

A harmadbiróság is úgy *az anyagi, mint az alaki jogszabályok* megsértése miatt birálja felül az ügyet. Ezt azonban más alapon és rendszerint más terjedelemben teszi, mint a másodbiróság. Ez a biróság, az ujabb jogok szerint, nemcsak azokat a tényeket veszi figyelembe, a melyek alapján az elsőfokú biróság itélt,

E kivétel *beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi* neve alatt volt ismeretes. Ha uj tényeket hozott fel a felebbező fél, az ellenfelet mindig meg kellett hallgatni, ellenkező esetben azonban nem. Sőt idővel akkor sem, midőn a biróság az itéletet a felebbező fél hátrányára megváltoztatta, holott előbb ekkor a meghallgatás szintén szükséges volt, habár a felek nem is hoztak fel új tényeket. *Adhaesio* és *communio appelationis* ezen jogokban kezdettől fogva ismeretes volt. L. Wetzel: i. m. 729—762. l.; Bayer: i. m. 1011. s k. ll. — Az 1840 : XV. II. r. 137., 138. §-ai és az 1840 : XXII. 96., 97. §-ai a felebbezési eljárásban nem engednek felhozni új tényeket, de mégis a felebbezést az ellenfél meghallgatása mellett rendelik elintézni. Ezen rendelkezést mint kifejtettük T-unk nem követi és azt a N. sem fogadta el. — A mi az ujabb jogokat illeti, a *franczia* perrend megengedi az új tények felhozatalát és a felebbezési eljárás mind a két fél meghallgatásával, az első fokú biróság előtti tárgyalás mintájára, foly le. 461—466. és 470. §. A *német perrendnek* a felebbezési eljárást szabályozó alapelvei ugyanazok, melyeket a S. E. és a Terv. követ. Az *új osztrák perr.* szerint pedig a felebbezés szintén mind a két fél meghallgatásával intéztetik el. Új tények és bizonyító eszközök felhozatala meg van engedve, de ezeket az előkészítő iratokba kell felhozni, mert különben a szóbeli tárgyaláson nem vétetnek figyelembe. A szóbeli tárgyalásról egyébiránt a felek lemondhatnak. 467—483. §.

[1] Ez a franczia jog szempontjából is áll, habár alapelv gyanánt van elfogadva, hogy a franczia jog csak két fokú biráskodást — *deux degrés de jurisdiction* — enged. Ezt azonban csak úgy érték, hogy az ügyet minden szempontból csak az elsőfokú és a felebbezési biróság birálják el. És ennyiben az elnevezés teljesen helyes. De semmiképp sem jelenti azt, hogy az ügyben csak két biróság döntene, mert mindenki tudja, hogy az ügyben harmadikként még a cour de cassation is itél. Hogy ez az ügyet csak bizonyos szempontból birálja felül, hogy határozata csak megsemmisítés lehet és hogy a felülvizsgálati kérelemnek a végrehajtásra nincs felfüggesztő hatálya: mindez az elven, hogy ott is három fokú a biráskodás, nem változtat. L. ama elnevezésre nézve Garsonnet: i. m. I. 69. s k. ll.

hanem előtte új tények és bizonyító eszközök is hozhatók fel: addig a harmadbiróság előtt ezeket felhozni rendszerint nem lehet. Ennek következtében a harmadbiróság előtti eljárás nem folytatása, hanem csak *ismétlése* a korábbi eljárásoknak. Ezen ismétlés különböző terjedelemben történhetik. A harmadbiróság ugyanis felülbirálja azt: vajjon az alsóbb biróságok a bizonyító tényeket a bizonyító eszközökön jól megfigyelték-e, vajjon ezekből jól vonták-e le a következtetést a bizonyítandó tényekre: a közvetett bizonyító tényekre, kifogásokra, ellenkifogásokra és a kereset tényalapjára, vajjon továbbá mindezekből jól történt-e a következtetés az anyagi jogszabályra, és végül vajjon mindez a megfelelő alaki jogszabályok szerint történt-e? Vagy pedig a harmadbiróság felülbirálása egyrészt csak arra szorítkozik, vajjon az alsóbbfokú biróságok az ellenkifogásokból, kifogásokból és a kereseti tényalapból, melyeket a bizonyító eszközökön észlelt bizonyító tények alapján valóknak vagy valótlanoknak vettek: az anyagi jogszabályokra jól következtettek-e, a nélkül, hogy felülbirálná azt, vajjon a bizonyító eszközökön a bizonyító tényeket jól észlelték-e és vajjon ezekből jól történt-e a visszakövetkeztetés az ellenkifogásokra, kifogásokra és a kereset tényalapjára? Másrészt pedig szorítkozik arra, hogy a pusztán anyagi jogszabályra való következtetésnél az alaki jogszabályok meglettek-e tartva?

Ezen a felülbirálás terjedelmében nyilvánuló különbség röviden a következőkben foglalható össze. Az első esetben a harmadbiróság az alsófokú biróságok mind a két következtetését, melyeket az itélethozatal czéljából végeznek, birálja felül, t. i. a visszakövetkeztetést a bizonyító tényekből a bizonyítandó tényekre és ezekből ismét a következtetést az anyagi jogszabályra, ezenfelül pedig teljesíti még a maga sajátlagos teendőjét, azt, hogy felülbirálja, vajjon az alsóbbfokú biróságok az alaki szabályokat betartották-e? A második esetben a harmadbiróság az alsóbbfokú biróságoknak csak az itélethozatalhoz megkivántató második következtetését birálja felül: vajjon a bebizonyított tényekből, illetve abból, hogy bizonyításuk nem sikerült, jól következtettek-e az alsóbb biróságok az anyagi jogszabályra és azonfelül itt is végzi a saját különös felülbirálását a tekintetben, vajjon az alaki jogszabályok betartattak-e?

Az első esetben a harmadbiróság, egy alább érintendő eltéréstől eltekintve, a peranyagot ugyanabban a terjedelemben birálja

felül, mint a másodbiróság akkor, midőn előtte új tényeket és bizonyító eszközöket felhozni nem szabad. Mert valamint ekkor a másodbiróság csak arra szorítkozik, hogy az elsőfokú biróság kettős következtetését felülbirálja, épúgy ama első esetben a harmadbiróság is csak ezt teszi. Ezen okból a harmadbiróság eljárása ekkor éppen olyan felebbezési eljárás, mint a másodbiróságé, s így a perorvoslat, melylyel a fél hozzá fordul, szintén *felebbezés*. Ellenben a második esetben a harmadbiróság az alsóbb bíróságoknak csak a másik következtetését, a következtetést az anyagi jogszabályra birálván felül, eljárása ezen szempontból szükebb terjedelmű, mint az alsóbb fokú bíróságoké s így az nem esik össze mindenben a felebbezési eljárással. Azért a perorvoslatot, melylyel e czélból a fél hozzá fordul, nem nevezik felebbezésnek, hanem megkülönböztetésül más névvel jelölik, nálunk *felülvizsgálatnak* nevezik. Jogi természetét tekintve azonban a felülvizsgálat sem egyéb, mint felebbezés, csakhogy *szükebb körü felebbezés*. A különbséget úgy is lehet kifejezni, hogy a felülvizsgálat felebbezés *jogkérdésben*, míg a másodbirósághoz intézett felebbezés, felebbezés *tény* és *jogkérdésben*. Ezen rövid tétel azonban a különbséget csak nagyjából fejezi, azért nem szabad neki túl nagy jelentőséget tulajdonítanunk.

II. Mielőtt ezen határvonalok megjelölése alapján a felülvizsgálat terjedelmének tüzetes kifejtésébe bocsátkoznánk, arra kell még utalnunk, hogy a másod- és harmadbíróságok vizsgálati köre oly tényekre is kiterjed, melyekre az elsőfokú biróság vizsgálati köre természetszerüleg nem terjedhet ki. A másodbiróság egyrészt annak megállapítása czéljából, vajjon az elsőfokú biróság az anyagi jogszabályt helyesen alkalmazta-e, ugyanazt a kettős következtetést kénytelen végezni, mint emez, másrészt azonban azt is tartozik vizsgálni, vajjon az elsőfokú biróság ama kettős következtetést az alaki jogszabályok szerint végezte-e? Ezen vizsgálatot a másodbiróság úgy ejti meg, hogy az elsőfokú biróság periratait elolvassa vagy azok tartalmát magának előadatja és esetleg a felek oly tényelőadásait is meghallgatja, melyek az elsőfokú biróság előtt nem fordultak elő. Ebből a másodbiróság meggyőződik arról, vajjon az elsőfokú biróság kettős következtetése az anyagi jogszabályra és az alaki jogszabály alkalmazása helyes-e? Az első irányban a másodbiróság mindenesetre csak ismétli, habár más tények alapján, az elsőfokú biróság munkáját, a másik irány-

ban azonban oly munkát végez, melyet az elsőfokú bíróság nem is végezhetett. Itt a másodbíróság elsőfokúlag jár el. Ez megfelelően áll a harmadbíróságra is. Ez először ismétli az alsóbb bíróságok kettős következtetésének másik részét, a következtetést az anyagi jogszabályra, másodszor ismétli a másodbíróság következtetését a tekintetben, vajjon az elsőfokú bíróság az alaki jogszabályt jól alkalmazta-e és harmadszor vizsgálja azt, vajjon a másodbíróság is jól alkalmazta-e az alaki jogszabályt? Itt tehát vizsgálati köre oly elemmel bővül, a melyre a másodbíróság vizsgálata természetesen nem terjedhetett ki. A harmadbíróság itt elsőfokúlag vizsgál.

III. Áttérve most a felülvizsgálat terjedelmének tüzetes meghatározására, azt kell előbb megállapítanunk, hogy mi van mindenesetre a felülvizsgálat köréből kizárva. Ki van zárva annak vizsgálata, vajjon az alsóbb bíróságok *a bizonyító eszközöket jól észlelték-e és a bennük foglalt bizonyító tényeket jól fogták-e fel, vajjon ezekből jól vontak-e következtetést a bizonyítandó tényeknek: a közvetett bizonyító tényeknek, ellenkifogásoknak, kifogásoknak és a kereset tényalapjának valódiságára, feltéve, hogy az alsóbb bíróságok ezen műveleteknél az alaki jogszabályt nem sértették meg.* Minden egyéb körülmény nincs kizárva a felülvizsgálat köréből, s ez alapon tevőleges irányban határozhatjuk meg annak terjedelmét. Egyenként a felülvizsgálat kiterjed:

*a)* a köztudomású és a hivatalosan ismert tényekre. Azt, hogy ilyen tényekből mennyiben lehet a bizonyítandó tény valódiságára következtetést vonni, a felülvizsgálati eljárás körében épúgy vizsgálandó mint az alsóbb bíróságok által. A felülvizsgálati bíróság itt nemcsak azt vizsgálja, hogy az alsóbb bíróságok ama tényekből jól következtettek-e a bizonyítandó tényre, hanem ilyen tényeket a felülvizsgálati bíróság figyelembe vesz, habár azokat az alsóbb bíróságok figyelmen kivül hagyták is. Ennek folytán lehetséges, hogy a felülvizsgálati bíróság a bizonyítandó tények valódisága iránt más eredményre jut, mint az alsóbb bíróságok. Azt megengedni, hogy a felülvizsgálati bíróság a köztudomású tényeket figyelembe vegye, azok sajátszerű természete teszi szükségessé. Ugyanez áll a hivatalosan ismert tényekről is (l. 224. s k. ll.). A mint nem lehet az alsóbbfokú birót kényszeríteni, hogy tényeket, melyekről mindenkinek tudomása van, vagy melyeket hivatalosan ismer, valóknak el ne fogadjon: épúgy a felülvizsgálati

birót sem lehet arra kényszeríteni, hogy a bizonyítandó tényeket, még a köztudomású és hivatalosan ismert tények mellőzésével fogadja el valóknak vagy valótlanoknak, a mint ezt az alsóbbfokú bíróságok megállapították. A felülvizsgálati biró époly tagja a társadalomnak, mint az alsóbbfokú biró. A mily mértékben meg van engedve, hogy ez magántudomását felhasználhassa az ügy elbirálásánál, ugyanoly mértékben kell ezt a felülvizsgálati birónak is megengedni. Ezen megoldás nem is áll ellentétben a felülvizsgálat rendszerével. Ennek az a czélja, hogy tények, melyek bizonyítási eljárás útján állapíttattak meg, tovább ne vizsgáltassanak, mert ennek folytán esetleg szükséges volna a bizonyítást kiegészíteni vagy ismételni. Ámde három fokon is a bizonyítást megengedni nagyon költséges és hosszadalmas eljárást teremtene: ennélfogva a harmadbíróságnál a bizonyítási eljárás felülbirálása ki van zárva. Ez a veszély azonban nem fenyeget akkor, midőn a felülvizsgálati biró oly tények alapján következtet a bizonyítandó tényekre, a melyeket bizonyítás nélkül is tekinthet valóknak.

*b)* A felülvizsgálat kiterjed, még pedig legfőképen az alsóbb bíróságok következtetésének másik részére: vajjon a bebizonyított tényekre, illetve arra, hogy bizonyításuk nem sikerült *az anyagi jogszabályt jól* alkalmazták-e? Ennek kifejtése czéljából azt kell kiemelnünk, hogy az anyagi jogszabályra való következtetés mindig legalább két, egymást kiegészítő *okvetés (syllogismus)*. Valamint emez, úgy amazok mindegyike is három részből áll: egy felső, egy alsó tételből és egy következményből. Az első syllogismus mindig annak kimutatására szolgál, hogy az a kiderített tény, mely a kereset tényalapját képezi, ugyanaz, mint a törvényhozó által képzelt tény, melyet jogilag minősített. Pl. a ki mástól bizonyos mennyiségű helyettesíthető dolgot átvesz, megigérvén neki, hogy ugyanolyan minőségű és mennyiségű helyettesíthető dolgot vissza fog szolgáltatni: az a másikkal kölcsönszerződést köt. (Felső tétel.) *A.* *B*-től bizonyos helyettesíthető dolgot — 1000 koronát — vett át, megigérvén *B.*-nek, hogy 1000 koronát vissza fog adni. (Alsó tétel.) Tehát *A.* és *B.* kölcsönszerződést kötöttek. (Következmény.) A másik okvetés pedig az első alapján annak kimutatására irányul, hogy a törvényhozó által jogilag minősített képzelt tényhez füzött parancs épen a perben kiderített kereseti tényalapra illik. Pl. Mindenki, a ki kölcsönt vesz fel, azt visszafizetni köteles. (Felső tétel.) *A.* *B.*-től 1000 koronát

kölcsön vett. (Alsó tétel.) Tehát *A. B.*-nek 1000 koronát megfizetni tartozik. (Következmény.) Ezen fejtegetésünkben, egyszerűség kedvéért, csak két syllogismust tartunk szem előtt, egyet a jogi minősítésre, a másikat a minősítéshez füzött parancsra való következtetés czéljából. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy sokszor a jogi minősítés czéljából több syllogismus felállítása szükséges.

Midőn a biró a jogszabályra következtet, mind a két okvetés körül követhet el hibát. Az elsőnél kétféleképen: a felső tételnél és ezzel együtt a felső tétel alá való foglalásnál vagy pusztán csak az utóbbinál. Tehát a biró a törvényhozó által képzeletben minősített tényt rosszul fogja fel s így rosszul minősíti a kereseti tényalapot is vagy pedig a fél csak ez utóbbit foglalja rosszul a felső tétel alá. Ennek következtében a biró abban is tévedhet, hogy a rosszul felfogott, képzeletben jogilag minősített tényhez helytelen parancsot füz, s így azután a kereseti tényalapra is helytelen parancsot alkalmaz. E szerint a második okvetésben előforduló tévedés mindig csak folyománya az első okvetésben elkövetett tévedések valamelyikének; e nélkül azonban tévedés a második okvetésben nem képzelhető.

Midőn a biró a felülvizsgálat körében kutatja, vajjon az alsóbb biró az anyagi jogszabályt jól alkalmazta-e: azt vizsgálja, nem követett-e el az alsóbb biró ezen három irány valamelyikében tévedést? Tehát, vajjon jól fogta-e fel a törvényhozó által képzeletben jogilag minősített tényt, jól azonosította-e ezzel az általa kiderített tényalapot, és végül vajjon jól füzte-e ama tényekhez a törvényhozó parancsát? Hogy a biró az általa kiderített kereseti tényalapot helyesen azonosíthassa a képzeletben jogilag minősített ténynyel, ahhoz sokszor az szükséges, hogy a kiderített tény mibenlétét *magyarázó jogszabályok* (l. 226. l.) segélyével megállapítsa. Jogügyleteknél ugyanis igen gyakran azt a tényt, hogy a felek mit nyilvánítottak akaratuk gyanánt, nem lehet bizonyítás útján kideríteni, mert a felek akaratnyilvánítása hiányos. Hogy e miatt az ügylet ne legyen érvénytelen, a törvény mondja meg, mi tekintendő a felek akarata gyanánt. E magyarázó szabályokat a kiderített ténynek a képzelt ténynyel való azonosítása czéljából nemcsak az alsóbb, hanem a felülvizsgálati biró is alkalmazza. A felülvizsgálati biró nincs kötve ahhoz, hogy az alsóbb biró a felek jogügyleti akaratát mikép egészítette ki magyarázat útján.

Ezt a felülvizsgálati bíróság önállóan teszi, a nélkül, hogy abba a tételbe ütköznék, hogy nem tartozik a felülvizsgálat körébe, hogy az alsóbb biró a tényeket mikép derítette ki. Mert e tétel csak arra vonatkozik, hogy a felülvizsgálat körébe nem tartozik annak vizsgálata, hogy az alsóbb bíróság a bizonyító eszközökön észlelt bizonyító tényekből, minő következtetést vont az ellenkifogásokra, kifogásokra és a kereset tényalapjára. Nemcsak a jogszabály, de a *jogügylet magyarázata is a felülvizsgálat körébe esik.* Midőn pedig a felek hiányos akaratnyilvánítása egy bizonyító eszközön van megtestesítve, vagyis okiratba van foglalva: a bíróság felülvizsgálata ezen okirat hiányos értelmének kiegészítésére is fog kiterjedni. Tehát az *okirat magyarázat* is ezen a czímen a felülvizsgálat körébe esik. De miután a jogügyletek magyarázata mindig bizonyos az életben felmerült, tehát megtörtént tények alapján történik: igen nehéz meghatározni a felülvizsgálat határvonalát. Innen van, hogy sokan ezt a kérdést a felülvizsgálat köréből kizárandónak tartják. De ez nem helyes, mert azok a tények, melyek alapján a jogügylet magyarázata történik, lényegesen mások, mint a perbeli tények. Midőn ugyanis a törvény rendeli, hogy a felek jogügylete valamely irányban kiegészítendő: bizonyos az életben sürün előforduló tényeket tart szem előtt, melyek az olyan ügyletet mint a feleké kiegészíteni szokták. A birónak eme tényeket ismernie kell. Ezeket ő sokszor saját tapasztalatából is ismeri vagy azok köztudomásúak; de előfordul az is, hogy azok előtte ismeretlenek. Ekkor szakértőket szükséges meghallgatni, hogy úgy azt, hogy a fenforgó ügylet miképen egészítendő ki a törvény rendelkezése által, megállapíthassa.[1] És ez szüli leginkább azt a látszatot, mintha eme tények megállapítása azonos volna a perbeli tények kiderítésével. A kettő közt azonban nagy a különbség.

[1] Példa. A perben bizonyítás útján kiderül, hogy a felperes az alperestől továbbeladási szándékkal buzát vett. De a szerződés nem rendelkezik a buza minősége iránt. A K. T. 321. §-a a felek ügyletét olykép egészíti ki, hogy az alperes középminőségü buzát köteles szolgáltatni, mert rendszerint ilyent szoktak adni. De mi az a középminőségi búza? Lehet, hogy ezt a biró saját tapasztalatából tudja, ekkor a kiegészítés nagyon egyszerü. Ha azonban nem tudja, akkor szakértőket kell kihallgatnia arra nézve, hogy minő buzát szokás középminőségű buza gyanánt szolgáltatni. E bizonyítás nem esik össze a perbeli tények bizonyításával egyenlő szempont alá, mert azt a biró hivatalból is elrendelheti, a mi itt megengedve nincs.

Amott a felektől különböző személyek tényeiről van szó, emitt pedig a felek tényeiről. Az a szabály, hogy a tények megállapítása a felülvizsgálat köréből kizárassék, csak ez utóbbiakra vonatkozhatik. Mert ha az ellenkezőt fogadnók el, a felülvizsgálati bíróság bizonyos a köztapasztalat szerint valóknek ismert tényeket valótlanoknak vagy fordítva tartoznék elfogadni, a mit elrendelni nem volna észszerű.

A jogügylet magyarázata azonban nemcsak ebből állhat, hanem jogügylet-magyarázat annak megállapítása is, vajjon a jogszabályra való következtetés első syllogismusában (l. fentebb) a biró a kiderített perbeli tényt helyesen azonosította-e a törvény által képzeletben szem előtt tartott s jogilag minősített ténynyel? Pl. vajjon a biró a kiderített tényt jól minősítette-e adásvételnek s vajjon nem kellett-e volna azt kölcsönnek, munkabéri szerződésnek stb. minősíteni? Ez a magyarázat e pont elején kifejtett okoknál fogva mindig felülvizsgálat tárgya, habár ezt sokan félreismerik. Ez a magyarázat azonban lényegesen különbözik a jogügylet magyarázatának fentebb kifejtett alakjától. Ez utóbbi a jogügyleti akarat kiegészítése czéljából történik, az előbbinél azonban nem erről van szó, hanem csak arról, vajjon a perbeli tény és a törvény képzeleti ténye közt az azonosság fenforog-e? Ez a jogszabály alá foglalás, a *subsumtio* kérdése. Ez minden jogi következtetésnél elengedhetlen, mi ennélfogva magától értetődőnek tartjuk, hogy az felülvizsgálat tárgya. Kevésbé világos ez a magyarázatnál a jogügyleti akarat kiegészítése czéljából, mely habár nem is mindig, de mégis sürűn fordul elő. Mi ennélfogva fejtegetésünkben első sorban erre helyeztünk súlyt.

A teljesség kedvéért még felemlítjük, hogy a jogügylet magyarázatától lényegesen különbözik a *jogszabály- (törvény) magyarázat.* Ez annak kiderítéséből áll, hogy egy szabálynak, melyről különben kétségtelen hogy jogszabály, mi az értelme. Ez is magától értetődőleg mindig felülvizsgálat tárgya.

*c)* a felülvizsgálat körébe esik annak vizsgálata, vajjon az alsóbb bíróságok a bizonyító tényekből a bizonyítandó tényekre és ezekből a jogszabályra való következtetésnél *az alaki jogszabályokat* betartották-e? Erről a felülvizsgálati bíróság bizonyos tényekből vont következtetés útján győződik meg. E tények mindig újonnan felhozott bizonyító tények, melyek az alsóbb bíróságok irataiban mint bizonyító eszközökön, észlelhetők. Ezekből

a felülvizsgálati biró következtet arra, hogy az alsóbb bíróságok minő perbeli tényeket vittek végbe, minőket mulasztottak el. Ebből ismét a felülvizsgálati bíróság következtet az alaki jogszabályra, vajjon a véghezvitt perbeli cselekvény bir-e azokkal a kellékekkel, mint az a képzelt tény, melyre az alaki jogszabály megalkottatott, vagy meg vannak-e azok a kellékek, melyek közt az elmulasztás meg van engedve? Hogy a bíróság azokat a tényeket, melyekből vizsgálódása kiindul, hivatalból deríti-e ki, vagy pedig a felek kérelmére, azt itt nem vizsgáljuk. Kérdésünkre itt csak az a fontos, hogy a bíróság ennél a vizsgálatnál ugyanazt a kettős következtetést végzi, mint az alsóbb bíróságok általában. Következtet bizonyos tényekből más tényekre s ezekből az alaki jogszabályra. Nem az itt a feladata, hogy az alsóbb bíróságnak a jogszabályra való következtetését felülbirálja, hanem *tényeket* is vizsgál, az alsóbb bíróságok cselekvését vagy mulasztását, melyeket azok felül sem birálhattak. E jelenség abban birja magyarázatát, a mit fentebb kifejtettünk, hogy ezen a ponton a felülvizsgálati bíróság bizonyos tényeket elsőfokúlag vizsgál. Valamint minden elsőfokú vizsgálatnál a jogszabályra való következtetéshez kettős következtetés szükséges: következtetni tényekről más tényekre és ezekről a jogszabályra, hasonlóképen kell ez a kettős művelet itt is.

*d)* Ha az alsóbbfokú bíróságnak az anyagi jogszabályra való következtetése azon oknál fogva helytelen, mert valamely alaki jogszabályt sértett meg: akkor a felülvizsgálat *az anyagi jogszabályra való következtetés mind a két részére fog kiterjedni.* A felülvizsgálati bíróság egyrészt azt fogja vizsgálni, vajjon a bizonyító tényekből a bizonyítandó tényekre a következtetés jól történt-e, másrészt pedig azt, hogy ezekből az alsóbb bíróság jól következtetett-e az anyagi jogszabályra?

*e)* Végül a felülvizsgálat körébe tartozik mindazon *tények* vizsgálata, melyekből kitünik, hogy egy alkalmazandó szabály jogszabály-e vagy sem s mi annak tartalma. Ilyen tények vizsgálata kevésbé bir szereppel a törvény és a rendelet, mint inkább a *külföldi* jogszabály, de különösen a *szokásjog* vizsgálatánál. Ez a művelet azonban nem jogszabály-magyarázat, mert itt nem arról van szó, hogy egy jogszabálynak mi az értelme, hanem arról, vajjon az létezik-e.

Midőn ezen öt pontban (*a—e*) a felülvizsgálat terjedelmét meghatároztuk, a saját jogunkat és a vele egy alapon nyugvó

német perrendet tartottuk szem előtt. Látni fogjuk azonban, hogy nem tartozik a felülvizsgálat fogalmához, hogy az mindezen öt pontra kiterjedjen. Sőt az is vitás, miként az alábbi jegyzetből kitünik, vajjon azon jogok szerint, melyeket szem előtt tartottunk, mind az öt pontra kiterjedne.[1] E körülmény szükségessé teszi, hogy saját jogunk rendelkezéseit a következő pontban közelebbről vegyük szemügyre.

IV. Felülvizsgálat vagy felebbezés már a második fokon, vagy pedig, hogy a felülvizsgálat csak a harmadik fokra szoríttassék, vagy hogy épen itt sem alkalmaztassék, hanem itt is a teljes felebbezés foglaljon helyt? Oly kérdések ezek, a melyek igen sok vitát idéztek elő. Eleinte, mielőtt a szóbeliség igazi értelme felől tisztába jöttek volna, az volt a nézet, hogy a szóbeliség nem tűri meg a felebbezést, úgy, hogy már második fokon is csak felülvizsgálat foglalhat helyt. De csakhamar ennek helytelenségét belátták s útat tört magának az a felfogás, mely a törvényekbe is átment, hogy a második fokon felebbezés foglaljon helyt, harmadik fokon pedig felülvizsgálat. Kétségtelen, hogy ahhoz mikép a bizonyító tényekből a bizonyítandó tényekre vont következtetés helyessége

[1] A felülvizsgálat köre a német irodalomban igen sok vitára szolgáltatott okot. A nézetek két csoportba foglalhatók. Sokan a felülvizsgálat körét lehetőleg megszorítani törekesznek s épen azért a felülvizsgálat köréből kizárandónak tartják annak felülbirálását, vajjon az alsóbb bíróság az okiratokat, s általában a jogügyleteket jól magyarázta-e, ki akarják zárni, hogy a felülvizsgálati bíróság oly köztudomású tényeket vegyen figyelembe, melyeket az alsóbb mellőzött. L. Stahl: Archiv für. Civ. Praxis 67. köt. 98. s k. l. Rocholl: Zeitsch. für Civilprocess X. köt. 294. s. k. l. Stein: i. m. 109. s k. ll. Ellenben mások a felülvizsgálat körét ezen körülményekre is kiterjeszteni akarják. L. Bolze: Zeitsch. für Civilprocess XIV. köt. 415. s k. ll. 434. l. ugyanez Archiv. für Civ. Praxis 84. köt. 359. s k. ll. Wach: Vorträge 287. s k. l. Die That u. Rechtsfrage bei der Revision im Civilprocess. Juristische Wochenschrift 1881. évf. 73. s k. ll.; Seuffert: i. m. 665. l. Ezt a felfogást követi a német Reichsgericht is, sőt mint határozataiból kitűnik, túlhajtásoktól sem ment. E bíróság ugyanis, sokszor oly kérdéseket is von a felülvizsgálat körébe, a melyek oda nem sorozhatók. Így pl. azt, vajjon az alsóbb bíróság a szabad bizonyítási rendszer elvei mellett helyesen következtetett-e a bizonyítandó tényekre, vajjon helyes volt-e egy bizonyító eszközt mellőzni, habár alaki jogszabály nem is lett megsértve. L. Rocholl i. értekezését. Az előbbi felfogás megegyezik a *franczia* jog álláspontjával, mert itt is állandó gyakorlat szerint a jogügyletek magyarázata ki van zárva a felülvizsgálat köréből. Garsonnet i. m. V. 58. l.

kipróbáltassék, nem elegendő az elsőfokú bíróság művelete, hanem szükséges, hogy ezt egy más bíróság is megismételje. Ennyi azonban a szóbeliség mellett teljesen elegendő. Más oldalról az a nézet merült fel, hogy a jogkérdésnek a ténykérdéstől való elválasztása lehetetlen, hogy ennélfogva az erre fektetett perorvoslat, a felülvizsgálat csak zavart idéz elő. Helyesebb tehát a harmadik fokon is teljes felebbezést engedni. Ha azonban ezzel szemben azt vesszük figyelembe, hogy a felülvizsgálat lényege csak az, hogy kizárassék annak felülbirálása, vajjon az alsóbb bíróságoknak a bizonyítást illető következtetése helyes-e: akkor a felülvizsgálat semmi zavart sem okoz. Az elhatárolás sokszor csak azért nehéz, mert a következtetési műveletek az ember elméjében rendkivül gyorsan mennek végbe, úgy, hogy azok elválasztása fokozott figyelmet igényel.[1]

Jelenlegi jogunk szerint a rendes perben harmadik fokon is teljes felebbezés van megengedve (N. 43. §.); ellenben a sommás perben és a Terv. szerint általában a harmadik fokon szabályként csak a felülvizsgálat fordulhat elő. Ezek szerint felülvizsgálat

[1] Hogy a másodbíróság itélete ellen csak felülvizsgálat engedtessék, azt már hosszabb idő óta jogászközönségünk túlnyomó többségének véleménye gyanánt lehet tekinteni, a mint ez a IV., V. és X. jogászgyűlések évkönyvéből világosan kitűnik. A IV. jogászgyűlésen a szakosztály a felülvizsgálat mellett foglalt állást, de a teljes ülés a kérdés fölött napirendre tért. Évkönyv. 305. és 358. l. Az V. jogászgyülés teljes ülése is a felülvizsgálat mellett nyilatkozott, habár a szakosztály csak akkor tartotta megengedhetőnek, ha a másodbíróság az első fokú bíróság itéletét megváltoztatja. Évk. II. 277„ 337. l.; hasonlóképen a X. jogászgyülés is, habár csak mellékesen, egy más kérdés eldöntése kapcsán. Évk. VI. k. 324. és 376. l. Ugyanezen álláspontot foglalják el összes javaslataink L. Terv. ind. 739. s k. l. és a S. E. is. — Németországban kezdetben a körül forgott a vita, vajjon a felülvizsgálat, a felebbezés mellőzésével, ne alkalmaztassék-e már a *második* fokon? Tényleg ez volt tervbe véve a német perrend 1871. évi javaslatában. (460. §.) De miután ezt igen sok oldalról nyomós érvekkel helyteleníttették, WACH: Krit. Vierteljahrsch. XV. 88. s k. ll.; BÄHR: Das Rechtsmittel zweiter Instanz, a perrend harmadik javaslatában ezt elejtették, s a felülvizsgálatot a harmadik fokra korlátolták, miként az a perrendbe is átment. Ugyanez az osztrák perrend álláspontja is. Ujabban azonban ismét merültek fel nézetek, melyek szerint a harmadik fokon is volna a felebbezés megengedendő új tények felhozatalának kizárásával, még pedig vagy facultative a felülvizsgálat helyett BOLZE: Arch. für. Civ. Praxis 84. köt. 372. l., vagy épen kötelezően, PAP a XI. jogászgyülés elé terjesztett véleményében. Évk. I. 212. l.

kizárólag az anyagi vagy alaki jogszabály megsértése miatt kérhető (V. ö. S. E. 185. §., Terv. 554. §.). Ezen §§. azonban önmagukban semmi különöset nem mondanak, mert a fél felebbezéssel is az anyagi vagy alaki jogszabály megsértése miatt él. Ezen §§. értelmét azon további rendelkezésből kell megállapítani, hogy a *felülvizsgálati eljárásban a felebbezési bíróság itéletében megállapított tényállás irányadó.* (S. E. 197. §.[1]; Terv. 564. §.[1]). Ezek azonban csak a felülvizsgálat alapeszméjét képező gondolatot fejezik ki, a melyet fentebb II. *b)* alatt kifejtettünk, s melynek értelmében, bár a törvény nem mondja világosan, a felülvizsgálat a *jogügyletek magyarázatára* is kiterjed.[1] De nem vonatkozik természetesen arra, a mit ezen pontban *c)* alatt az alaki jogszabályok alkalmazásának elbirálására mondottunk. Ezeket illetőleg csak azt rendelik, hogy a tekintetben, vajjon a felebbezési bíróság az alaki jogszabályokat megsértette-e vagy sem, bizonyítékul csak a *tárgyalási jegyzőkönyv és mellékletei használhatók fel.* (S. E. 197. §.[2]; Terv. 564. §.[2]) Nincs tehát megengedve más bizonyító eszközöket figyelembe venni. Végül világos rendelkezést tartalmaznak arra nézve, a mit II. *d)* alatt kifejtettünk. Ha ugyanis kitünik, hogy a felebbezési bíróság a tényállást valamely alaki jogszabály megsértésével állapította meg: akkor ez a *tényállás is megtámadható*

[1] Kezdetben a *kir. Curia* ebben a kérdésben igen tartózkodó álláspontot foglalt el, több izben azt állapítván meg, hogy «az okirat tartalmának magyarázata . . . . csak annyiban szolgálhat felülvizsgálati okul, a mennyiben a magyarázat az anyagi törvény szabályainak mellőzésére vagy téves alkalmazására vezethető vissza.» II. G. 5/95., 79/95. Ez kétségkívül igaz, mert minden jogügylet magyarázat, jogszabály alkalmazás, de a szövegezés homályos. Sőt a Curia több esetben azt is kimondotta, hogy «a szerződésnek értelmezése és a felek akaratának abból folyó megállapítása szintén *ténykérdés*». I. G. 107/95. Ez azonban egészen téves. Ujabban egészen az ellenkező irányt követi, kimondván minden korlátozás nélkül, hogy a jogügylet-magyarázat a felülvizsgálat körébe esik. I. G. 167/95.; I. G. 171/95. I. G. 202/95.; I. G. 23/96.; I. G. 52/96.; I. G. 63/96.; I. G. 207/96. L. ezeket egész terjedelmükben Fabiny id. gyűjteményében, a lapszámokat l. XVII. lapon. A Curia ujabb gyakorlata szerint a jogügylet-magyarázatnak mind a két alakját a felülvizsgálat körébe tartozónak kell tekintenünk, bár a kettő közt különbséget nem szokás tenni. Egyébiránt, hogy a jogügylet-magyarázat a felülvizsgálat körébe esik, az a szakemberek véleménye is. L. Fleischmann: Jogtud. Közl. 1895. évf. 226. l. Fodor: ugyanott 1896. évf. 409. l.; Reichard: Polg. Törvényk. XXX. k. 194. l.

s e czélból új kifogások és ellenkifogások, közvetett bizonyító tények és bizonyító eszközök is hozhatók fel. (V. ö. S. E. 197. §.[2–3]; Terv. 564. §.[2–3].) Más szavakkal ez annyit jelent, hogy ekkor a felülvizsgálati bíróság a felebbezési bíróság bizonyítási következtetését is felülbirálja, még pedig nemcsak ugyanazon bizonyító tények és eszközök, nemkülönben ugyanazon kifogások és ellenkifogások alapján, hanem *újak* alapján is. Arra nézve, a mit II. *a)* alatt kifejtettünk, nincs rendelkezés. A gyakorlatnak van fentartva, e részben állást foglalni. Az *e)* alatt mondottakra támpontul szolgál a S. E. 63. §., Terv. 275. §.-a.

## 59. §. A felülvizsgálati eljárás.

I. A felülvizsgálati eljárást illetőleg csak a következő megjegyzésekre szorítkozunk. A felülvizsgálati bíróság a kérelmet mindig az ellenfél meghallgatásával intézi el. A meghallgatás irásban és szóval vagy csak irásbelileg történik. Az ellenfélnek nyilatkozni a kérelemre csak akkor perbeli kötelessége, ha a felülvizsgálatot kérő fél új tényeket és bizonyító eszközöket hoz fel; a mulasztásnak az előző fejezetben kifejtett következményei is vele szemben csak ekkor állhatnak be.

II. A felülvizsgálati kérelem elintézésének módjai: *helybenhagyás, megváltoztatás* és *feloldás*. A felülvizsgálati, illetve csatlakozási kérelem a dolog természeténél fogva mindig az alsóbb bíróság itéletének megváltoztatására vagy feloldására irányul. A bíróság ezek tekintetében annyiban van a felek akaratához kötve, hogy a bíróság nem változtathatja meg az alsóbb bíróság itéletét, midőn a fél annak feloldását kérte az eljárás beszüntetése czéljából, más czélból a feloldás nem kérhető; fordítva azonban nem, mert azt, hogy az alsóbb bíróság itélete mikor oldandó fel, hivatalból határozza meg. Továbbá, midőn a fél az itélet megváltoztatását kéri, a felülvizsgálati bíróság annyiban van a fél kérelméhez kötve, hogy nem változtathatja meg az itéletet nagyobb terjedelemben, mint a melyben azt a fél kérte. Ezt a két tételt, a melyek különben a felebbezésnél is mérvadók, akarja kifejezni a törvény rendelkezése, mely szerint a felülvizsgálati bíróság a felülvizsgálati, illetve csatlakozási kérelmen túl nem terjeszkedhetik. (S. E. 203. §., Terv. 570. §.)

III. Azonban a felülvizsgálati kérelemnek mindig *indokolás-*

*sal* is kell ellátva lenni. Azaz a félnek *mindig meg kell jelölnie azt az anyagi vagy alaki jogszabályt,* melynek megsértése miatt a megváltoztatást vagy feloldást kéri. A S. E. 190. §.-a és a Terv. 558. §. 2. pontja ezen szabályt ezzel a homályos kitétellel fejezik, hogy a félnek a kérelemben meg kell jelölnie azt, hogy *mely alapon* kéri az itélet megváltoztatását. Ez annyira szükséges, hogy a felülvizsgálati bíróság a kérelmet visszautasítani tartozik, ha a fél ezen alapot, a sértett anyagi vagy alaki jogszabályt, nem nevezi meg. (V. ö. S. E. 193. §.[8], Terv. 560. §.[8]) Az alap megjelölése alatt az anyagi, illetve alaki jogszabálynak *tüzetes, egyedi* megjelölése értendő. Nem elég tehát, habár ez vitás, a kérelem indokolásában azt mondani, hogy a megváltoztatást vagy feloldást *általában,* anyagi vagy alaki jogszabályoknak megsértése miatt kéri.[1] Egy

[1] Sem a S. E. sem pedig a Terv. indokolása erre a kérdésre nem terjeszkedik ki, pedig ez igen czélszerű lett volna. Bíróságaink gyakorlata jobbára az általunk helyeselt felfogás felé hajlik. Kir. Curia II. G. 17/95.; II. G. 79/95. De itt tévesen hivatkozik a S. E. 195., és 203. §-aira, ezekből az elv semmiképen sem vezethető le. I. G. 131/96. Fabiny: i. m. 10., 68., 228. ll. Vannak azonban határozatok, melyek szerint a Curia úgy látszik azzal is megelégszik, ha a fél *általában* megjelöli, vajjon *anyagi* vagy *alaki* jogszabály megsértése miatt kéri a megváltoztatást, illetve feloldást s a kérelmet csak akkor utasítja vissza, ha a fél még ilyen általános indokolást sem hozott fel. I. G. 232/95. I. G. 94/96. Fabiny: i. m. 100. és 201. ll. I. G. 255/96. Dt. harmadik f. VI. k. 315. l. Az általános megjelölés nézetünk szerint csak akkor elegendő, midőn a kérelemből biztosan lehet következtetni arra, hogy minő anyagi vagy alaki jogszabálynak megsértésre foroghat szóban. Azt különben mi sem kívánjuk, hogy a fél a jogszabályt *műnevével* vagy a törvény idézésével jelölje meg. Elég, ha tüzetesen megjelöli azt a *tényállást,* a melyet rosszul tart eldöntöttnek; ebből a bírónak könnyű megtudni, melyik a panaszolt jogszabály. Ennélfogva nem tartjuk helyesnek a bpesti tábla G. 4/95. sz. határozatát Polg. Törvk. XXIX. k. 168. l. a hol még az ilyen ténybeli megjelölés sem tekintetik elegendőnek. A kérdéssel foglalkozók valamennyien helytelenítik a Curia gyakorlatát s így a mi álláspontunkat is L. Balog A. Jogt. Közl. 1896. évf. 340. l. Kobler: u. o. 355. l.; Weisz: u. o. 356. l.; l. még Fodor-Márkus: i. m. II. 468. l.; Polg. Törvényk. XXIX. k. 164. l. lévő értekezést is; továbbá Pap: XI. Magy. Jogászgy. Évk. I. 224. l. — Hogy a *német* perrend szerint a sértett jogszabálynak általános, még kevésbé egyedi megjelölése nem szükséges, bár kívánatos, az kétségtelen. Az 515. §. a felülvizsgálati kérelem kellékei közt azt nem említi. L. még Hahn: Materialien II. 2. 735. s k. l. Ez azonban eltekintve attól, hogy a német perrend szerint a felülvizsgálati kérelem csak *előkészítő irat* (516. §.), míg a mi jogunk szerint, nem az, nem bizonyítja

ilyen indokolás azért nem volna elégséges, mert az amúgy is magától értetődik, hogy a fél valamely jogszabályt megsértve lát, midőn az itélet megváltoztatását vagy feloldását kéri. Egyébiránt a megsértett jogszabály egyedi megjelölése már azért sem ütközhetik nehézségbe, mert a félnek a felülvizsgálati eljárásban jogi szakértő, ügyvéd által kell képviselve lenni, habár az alsóbb fokokon ilyen őt nem is képviselte. (S. E. 187. §., Terv. 556. §.) A felülvizsgálati kérelem azon szempontból, hogy mindig a sértett jogszabály egyedi megjelölése által indokolt kérelemnek kell lennie, lényegesen különbözik a felebbezési kérelemtől, melynek indokolva egyáltalában nem kell lennie. (V. ö. N. 33. §. S. E. 132. §., Terv. 509. §.)

Egészen más kérdés az, vajjon a felülvizsgálati bíróság csak azon indokolás alapján változtathatja meg vagy oldhatja fel az alsóbb bíróság itéletét, a melynek alapján a fél azt kérte vagy pedig a bíróság ezt más jogszabálynak megsértése miatt is teheti-e? A mi perjogunk kifejezetten ezt az utóbbi álláspontot fogadja el, kimondván azt, hogy a felülvizsgálati bíróság a jogszabályok alkalmazásában nincs a felek által felhozottakhoz kötve, mindazáltal az általuk felhozott jogszabály és ennek alkalmazhatósága iránt határozatának indokaiban nyilatkozni tartozik. (S. E. 203. §., Terv. 570. §.) Ez azonban csak bizonyos megszorításokkal fogadható el. Ha a fél egy anyagi jogszabálynak a megsértését panaszolja, akkor kétségtelen, hogy a bíróság a fél felülvizsgálati kérelmét más jogszabály alapján is teljesítheti vagy utasíthatja

álláspontunk helytelenségét. Az sem, hogy a biró szabályként, bár nem mindig, mint ezt alább kifejtjük, más jogszabály megsértése miatt is nyujthat orvoslást, mint a melyet a fél felhozott. Mert mi azt, hogy a fél jelölje meg tüzetesen azt a jogszabályt, melyet megsértettnek lát, azért kivánjuk meg, mivel nagyon meg volna nehezítve a felülvizsgálati bíróság eljárása, ha nem tudná, melyik az a pont, melyet a fél sérelmesnek tart. Ilyen akadályt a felülvizsgálat elé gördíteni, közérdekből nem szabad. Abban pedig nincs ellenmondás, hogy a felülvizsgálati bíróság más szabáy megsértése miatt is nyujthat orvoslást, bár ez sem áll mindig, ha arról győződik meg az ügy elbirálása alkalmával, hogy nem a fél által a kérelem kellékeképen megjelölt szabály van megsértve. Végül a félre nem lehet terhes a szabályt tüzetesen megjelölni, mert ügyvéd képviseli. Ott pedig, a hol ez nem szükséges (S. E. 209—213. §.; Terv. 575—579. §.), a felülvizsgálatot mi is mellőzendőnek tartjuk s alkalmasabbnak véljük a felebbezést.

vissza, mint a melyet a fél indokolásában felhozott, mert az anyagi jogszabályokat a bíróság mindig hivatalból alkalmazza. De már nem áll ez, midőn a fél egy alaki jogszabálynak megsértése miatt kér felülvizsgálatot. Itt a bíróságnak mindenekelőtt azt kell vizsgálnia, vajjon forog-e fenn alaki sérelem, mely hivatalból vagy csak a fél kérelmére orvoslandó? Az előbbi esetben a felülvizsgálati bíróság nincs ahoz kötve, hogy minő alaki jogszabály megsértését hozta fel a fél indokolásul, a bíróság oly alaki jogszabály megsértése miatt is fog orvoslást nyujtani, melyet a fél fel sem hozott. Az utóbbi esetben azonban csak a fél által felhozott alaki jogszabálynak megsértését fogja vizsgálni és ezt is csak akkor, ha a fél kellő időben a sérelem miatt felszólalt. Végül azon elvnél fogva, hogy a felülvizsgálati bíróság az anyagi jogszabályt mindig, az alaki jogszabályt pedig csak bizonyos esetekben alkalmazza hivatalból, következik, hogy a bíróság anyagi jogszabály megsértése miatt orvoslást fog nyujtani, habár a fél csak egy alaki jogszabály megsértése miatt emelt panaszt, de ennek megsértése fenn nem forog és fordítva, egy hivatalból figyelembe veendő alaki jogszabálynak megsértését fogja orvosolni, habár a fél egy anyagi jogszabálynak megsértését panaszolja, de a bíróság azt találja, hogy ilyen jogszabály megsértve nem lett.[1]

[1] A felülvizsgálat franczia eredetű, noha a franczia jog több tekintetben máskép alkalmazza, mint a magyar, német és az osztrák perjogok. A franczia jog szerint a felülvizsgálat — *pourvoi en cassation* — oly perorvoslat, melynek csak felebbezéssel meg nem támadható első vagy másodbirósági itéletek ellen van helye. Az esetek, melyekben a pourvoi en cassation előfordulhat, kétfélék. Van négy eset, melyekben az kizárólag előfordul; vannak ismét mások, melyekben a körülményekhez képest majd pourvoi en cassation, majd requête civile foglalt helyt. Ama négy eset a következő: 1. az alsóbb bíróság nyilvánvalóan megsértett egy (anyagi) jogszabályt, 2. a bíróság oly-ügyben határozott, a melyben hatáskörrel nem bír, 3. az alsóbb bíróság nem határozott az előirt számú tagból alakított tanácsban, az összes birák nem voltak jelen a szóbeli tárgyalásnál, vagy az alsóbb bíróság nyilvánosság kizárásával járt el, 4. két bíróság ugyanazon felek ügyében utolsó fokban ellentétesen határozott. A többi esetek: 1. a bíróság megsértett egy lényeges *alaki jogszabályt*. 2. a bíróság a kérelmen túl marasztalt el, 3. a bíróság a felek ugyanazon ügyében ellentétesen határozott. Ezen három esetben a pourvoi en cassation azon feltétel alatt foglalt helyt, hogy a bíróság *tudatosan* követte el a sértést. tehát annak daczára, hogy a felek által arra figyelmeztetve lett. Ezen esetekben ugyanis nem tehető fel, hogy a bíróság az okozott sérelmet

## 60. §. A felebbezés és felülvizsgálat korlátozása.

Szabályként el van ismerve, hogy az első bíróság itélete ellen felebbezés, a másodbíróság itélete ellen is további felebbezés, illetve felülvizsgálat foglalhat helyt. Vannak azonban ezen szabály alol czélszerűségi okoknál fogva kivételek. A legfőbb czélszerűségi ok az, hogy *csekély értékű* ügyek a felebbezéssel, illetve felülvizsgálattal járó költséget nem bírják el, azért a törvények bizonyos összegen alul (summa appellabilis) a felebbezést vagy felülvizsgálatot avagy épen mind a kettőt kizárják. Minden további részletezés mellőzésével, itt röviden csak a mi jogunk álláspontját jelezzük. A rendes eljárásban, miután ide szabályként csak nagyobb értékü ügyek tartoznak, a két fokú felebbezés minden korlátozás nélkül van megengedve. A sommás eljárás alá tartozó ügyekben pedig, a mennyiben az ügy értéke 100 koronát meg nem halad, a S. E. 1. §. 2. és 3. pontjaiban említett perek kivételével, felebbezés ki van zárva, ezekben igen egyszerű felülvizsgálat foglal helyt a törvényszék előtt (S. E. 126. §., 209—213. §.). A 400 koronáig terjedő ügyekben és határjárási stb. ügyekben általában csak felebbezésnek van helye, ellenben a felülvizsgálat ki van zárva (S. E. 181., 182. §§.). Hasonlóan rendelkezik a Terv. is. 503., 549. §§. Kisebb polgári peres ügyekben pedig a mennyiben községi közegek jártak el, ujrafelvételnek van helye a járásbiróság

*önmaga* orvosolná; azért nem is foglal helyt a *requête civile*, melynek útján különben ezen sérelmek orvoslandók volnának. A félnek a megsértett jogszabályt egy a semmitőszékhez — *cour de cassation* — intézett kérvényben (requête) pontosan meg kell jelölnie, a pótlás azonban (mémoire ampliatif) meg van engedve. A semmitőszék egyik tanácsa (chambre des requêtes) először az ellenfél meghallgatása nélkül a fölött határoz, hogy a kérvény visszavetendő vagy további eljárásra elfogadandó-e ? az utóbbi esetben egy másik tanács (chambre civile) mind a két fél meghallgatása után határoz a fölött, *vajjon a kérdéses jogszabály, melyet a fél megjelölt, meg van-e sértve vagy sem?* Az utóbbi esetben a kérelmet visszaveti, az előbbi esetben az *itéletet megsemmisíti* és az ügyet újabb elbirálás végett egy más bírósághoz, de nem ahhoz, mely az ügyben előbb itélt, utasítja. V. ö. GARSONNET: i. m. V. 569—614. l. és 647—706. l. De vajjon a bíróság esetleg egy más jogszabályt nem sértett-e meg, mint a melyet a fél megjelölt, azt a bíróság nem vizsgálja. Ebben, nemkülönben abban, hogy a cour de cassation csak megsemmisít és nem reformál, van különbség a mi felülvizsgálatunkkal szemben.

előtt (1877 : XXII. tcz. 25. §. S. E. 225. §), a mennyiben békebiró járt el, bizonyos alaki sérelmek miatt semmiségi panaszszal lehet fordulni a törvényszékhez (1877 : XXII. tcz. 57. §.). Ezekből azt a szabályt vonhatjuk le, hogy jelenlegi jogunk kisebb ügyekben csak *egyfokú* perorvoslást enged. Olyan ügy azonban nincs, melyben a perorvoslás egészen ki volna zárva, úgy hogy az első fokú bíróság végérvényesen határozna.[1]

Korábbi jogunkban az ügy értékének csekélységén kívül további korlátozás gyanánt szerepelt az, hogy a másodbíróság az első fokú bíróság itéletét helyben hagyta. Ez a két egybenhangzó itélettel szemben a további felebbezés kizárásának (duae conformes) elve. Ennek értelmében korábbi jogunk szerint sommás perekben a másodbirósági helybenhagyó itélet ellen, a mennyiben az ügy értéke pénzfizetés iránt indított perekben 500 frtot, más esetekben 200 frt meg nem haladt, a további felebbezés ki volt zárva. (N. 47. §.) Ujabb jogunk ezt a korlátozást, melynek czélja volt, kizárni az alaptalan felebbezést, nem ismeri. Ezt hatályosabban *közvetve* véli elérni az által, hogy az itéletet, mely ellen a fél felebbezéssel vagy felülvizsgálattal él, igen tág körben mondja

[1] A *német* perrend szerint a felülvizsgálat ki van zárva 1500 márkán aluli ügyekben 508. §. míg a felebbezés minden kórlátozás nélkül meg van engedve. Az *osztrák* perrend szerint bagatelügyben nincs *felülvizsgálat* 502. §., ellenben a felebbezés itt is minden korlátozás nélkül vehető igénybe. A *franczia* jog szerint a *felebbezés* ki van zárva, a békebiró előtti perekben, ha az ügy értéke 100 francot meg nem halad, a tribunal előtt ingó vagyon iránt indított pereknél, ha a per tárgya 1500 francot, ingatlan vagyon iránti pereknél, ha az évi jövedelem vagy bérösszeg 60 francot meg nem halad. Felülvizsgálat azonban minden korlátozás nélkül vehető igénybe. Garsonnet: i. m. V. 12. és 89. ll. Ezen jogok is tehát kisebb ügyekben úgy miként a mienk, bár másképen keresztülvive, az *egyfokú* perorvoslás rendszerét fogadják el. A római jog szerint bármely csekély értékű ügyben is volt megengedve a felebbezés. Et in maioribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est. L. 20. C. VII. 62. De más okokból voltak korlátozások, pl. kincstári ügyekben l. 4., 8., C. VII. 65. Hasonló az egyházjog álláspotja c. 11. X. II. 28. Ugyanezt követi régi jogunk is. Nincs tudomásunk arról, hogy a felebbezés kisebb ügyekben kizárva lett volna, de voltak más okok, a melyek miatt a kétfokú felebbezés nem volt megengedve, makacssági ügyekben pedig egészen ki volt zárva. Frank: i. m. II. 259. l. A német közönséges jog és a particularis német jogok kisebb ügyekben a felebbezést *egészen* kizárták. Ez azonban oda vezetett, hogy a felebbezés pótlására más perorvoslatot, a *revisiót*, kellett megengedni. Wetzel: i. m. 710. és 778. l.

ki *előzetesen végrehajthatónak*. (S. E. 117., 159., 188. §§.; Terv. 425., 497., 501. 536. §§.) Ez minden esetre hatályosabb eszköz az alaptalan felebbezések korlátozására minden más közvetlen vagy közvetett eszköznél, nevezetesen mint birság terhe alatt a perorvoslatot eltiltani, mi, a mi jogunk szerint csak kivételesen történik vagy pedig azt biztosítéktól tenni függővé, mit a mi jogunk egészen mellőz.[1]

## 61. §. Felfolyamodás.

I. Az előző §§-ban előadottak szerint felebbezésnek és felülvizsgálatnak csak az ügy érdemében hozott itéletek ellen van helye, melyekben a bíróság egy anyagi vagy alaki jogszabályt sértett és kivételesen az eljárás megindítása után hozott egyes határozatok ellen is, a melyekben a biró egy alaki jogszabályt sértett meg, s melyekben az orvoslást arra az időre halasztani, midőn a biró az ügy érdemében itéletet hoz, nem mutatkozik czélszerűnek. A biró azonban oly körülmények közt is sértheti meg az *alaki jogszabályt* hogy az utólagos orvoslás az itélet elleni felebbezésben nem is lehetséges, vagy azért, mert a sérelem miatt, ha az máskép nem orvosoltatnék, itéletre nem is kerülne sor, vagy pedig azért, mert a sérelem folytán a felektől különböző egyének szenvednek hátrányt, kik az itélet ellen felebbezéssel nem is élhetnek. Ezen esetekben mulhatlanul szükséges a feleknek, illetve az ezektől különböző harmadik személynek külön perorvoslatot nyujtani, mert különben a biró által elkövetett sértéssel szemben teljesen védtelenek maradnának. Ezen perorvoslat a *felfolyamodás*. Ez tehát egy kisegítő perorvoslat oly alaki sérelmek elhárítására, melyek ellen az itélet elleni felebbezésben orvoslás nem kérhető.

A felfolyamodás körébe ezen természeténél fogva, az eseteknek két különböző csoportja tartozik. Az egyik az, hogy *a bíróság szabályellenesen a fél keresete alapján a pert vagy a félnek valamely perorvoslata alapján a perorvoslati eljárást, folyamatba tenni megtagadja vagy miután már folyamatba tette, azt felfüggeszti vagy beszünteti.* Ha a bíróság a kereset alapján a per folyamatba tételét megtagadja, meggátolja azt, hogy a fél perhez jusson, mert más bíróság előtt, mint a mely a törvény által erre ki van

[1] L. erre nézve a Terv. találó indokolását 78. s k. ll.

jelölve, azt sikerrel nem indíthatja meg. Ennek folytán a bíróság meggátolja azt, hogy a fél jogvédelemben részesüljön. Midőn pedig a bíróság a félnek valamely perorvoslata alapján a perorvoslati eljárást folyamatba tenni megtagadja, szintén meggátolja azt, hogy a fél azt az orvoslást, melyre az a perorvoslat rendelve van, elérje. Nyilvánvaló, hogy ezen esetekben a bíróság a fél egy *kérelmének* teljesítését tagadja meg, olyképen, hogy az itélet elleni felebbezésben orvoslás nem kérhető. Az előbbi esetben azért nem, mert a biró az ügy érdemében itéletet nem is hoz, az utóbbiban azért, mert a biró az itélet elleni perorvoslatot, tehát a felebbezést, utasította vissza vagy pedig egy olyant, a melyre való tekintettel a törvény az itélet elleni felebbezésben az orvoslást kizárja (igazolás, ellenmondás elutasítása), vagy midőn más oknál fogva az itélet elleni felebbezésben, orvoslást kérni nem lehet (felfolyamodás, semmiségi kereset, perujítás visszautasítása). A megtagadással egyenlő szempont alá esik a pernek vagy a perorvoslati eljárásnak a felfüggesztése vagy beszüntetése. — Vannak kérelmek, melyeket a félnek valamely czélból pl. bizonyítás felvétele czéljából a kereset alapján a pernek vagy a perorvoslat alapján a perorvoslati eljárásnak folyamatba tétele után kell előterjesztenie. Midőn a biró ezek teljesítését megtagadja, nem szükséges a különös perorvoslatot, a felfolyamodást megengedni, mert a fél az itélet elleni felebbezésben vagy a perorvoslati eljárás folyamán hozandó határozat elleni más perorvoslatban amúgy is orvoslást kérhet; másrészt ama kérelem megtagadása a félre nem is jár mulhatlanul kedvezőtlen következményekkel, úgy hogy előre sok esetben még nem is bizonyos, vajjon a félnek orvoslásra szüksége lesz-e. Azonban olykor ilyen esetekben is, mint alább látni fogjuk, a felfolyamodás meg van engedve.

A felfolyamodás körébe tartozó esetek második csoportját azok az esetek képezik, a melyekben a biró az alaki jogszabály megsértése által a felektől különböző személyeknek, a kik felebbezéssel nem is élhetnek, okoz hátrányt. Ez előfordul akkor, midőn a bíróság a tanúkkal, szakértőkkel vagy azokkal szemben, a kik a nyilvánosság elve alapján az ügy tárgyalásánál vagy előadásánál jelen vannak, *fegyelmi hatóságát* helytelenül gyakorolja vagy midőn a perben nem álló személyeket *bizonyító eszközöknek*, okiratoknak, szemletárgyaknak szolgáltatására szabályellenesen kötelez.

Ezen két csoportba tartozó esetekben a biró az alaki jog-

szabályt mindig egy szabályellenes határozattal, tehát, egy perbeli cselekvénynyel sérti meg; pusztán mulasztás által a biró nem követhet el oly alaki sérelmet, a mely a felfolyamodásra okul szolgálhatna. A határozat az ügy érdemében hozott itélettől lényegesen különbözik, rendszerint más névvel is szokás jelölni, a mi jogunkban *végzésnek* hívják. Ezen okból megkülönböztetésül a felebbezéstől azt szokás mondani, hogy *felfolyamodásnak végzések ellen van helye.* Hogy azonban ez a tétel sokkal tágabb körü, mint a melyben a felfolyamodás tényleg igénybe vehető, abból tűnik ki, hogy a bíróság pervezető határozatai általában végzéseknek nevezetnek, ezek ellen pedig a felfolyamodás rendszerint ki van zárva. Pusztán a miatt, hogy a biró az eljárást folyamatba tenni *elmulasztotta,* a nélkül tehát, hogy a fél kérelmét végzéssel elutasította volna, nincs helye felfolyamodásnak. Ezen esetben mindenesetre a biró vétkessége forog fenn, ekkor csak fegyelmi eljárásnak van helye.

A felfolyamodást azonban, tekintettel arra, hogy sokszor az azonnali orvoslás szükséges és tekintettel a felfolyamodási eljárás egyszerűségére nemcsak azon esetekben alkalmazzák, melyeket fentebb két csoportba foglaltunk s melyek annak természetes körét képezik, hanem azt kiterjesztették más esetekre is. Ezen esetek, melyekben a felfolyamodás csak *átvitten* alkalmaztatik, az egyes jogok szerint igen különbözők, azokat bizonyos általános szempontok szerint csoportosítani nem lehet. Ezen esetekben is azonban mindig egy *birói határozat* által okozott sértés forog fenn és ezek képezik az eseteknek harmadik csoportját, a melyekben a felfolyamodás igénybe vehető.

II. Ezen általános szempontok megjelölése után áttérünk most hazai perjogunk álláspontjának rövid kifejtésére. A N. 51. §-a azt, hogy végzések ellen felfolyamodás vehető igénybe, mint szabályt állítja fel, mely alól azok az esetek, melyekben a felfolyamodás ki van zárva, csak kivételt képeznek s melyeket a törvény részint az 53. §-ban, részint pedig egyes más szakaszokban pl. T. 100. §. stb. sorol fel, s melyek ellen semmiféle perorvoslatnak helye nincs. A szabály másik megszorítását képezi az, hogy a kereset indításától az itéletig hozott végzések ellen, melyek *a per előkészítésére vonatkoznak,* nincs ugyan helye felfolyamodásnak, de azok ellen az ügy érdemében hozott itélet elleni felebbezésben lehet orvoslást kérni. (52. §.) Ezen kettős, különösen az utóbbi

megszorítás folytán a szabály általánosságából sokat veszit s meglehetősen szük térre van szorítva. A lényegre nézve a N. álláspontját a Terv. is követi. Szabályként elrendeli, hogy végzések ellen, a mennyiben a törvény kivételt nem tesz, felfolyamodásnak van helye. 580. §. A szabályt azonban tetemesen megszorítja, a mennyiben nyomban a következő 581. §-ban elrendeli, hogy az eljárás folyamán hozott végzések ellen felfolyamodással csak a törvényben meghatározott esetekben lehet élni.

A mit a törvény és a Terv. ezen rendelkezésekben minden közelebbi meghatározás nélkül kimondanak, és figyelembe véve különösen azon egyes eseteket, melyekben a Terv. a felfolyamodást kifejezetten megengedi, az mindenesetre azon három csoport valamelyikébe foglalható, melyeket az előző pontban felállítottunk.

A szabály, hogy minden végzés ellen felfolyamodásnak van helye, a mennyiben a törvény kifejezetten ki nem zárja, csak az eseteknek első két csoportjára vonatkozik. Egyrészt tehát arra, hogy a biró kereset alapján a pert, a perorvoslat folytán a perorvoslati eljárást folyamatba tenni megtagadta, azokat beszüntette vagy felfüggesztette, másrészt arra, hogy a biró fegyelmi hatóságát a felektől különböző egyénekkel szemben gyakorolta helytelenül vagy pedig ezeket helytelenül kötelezte bizonyíték szolgáltatásra. És ezen szabály alól a N. nem is tesz kivételt, a mint ez a 15 és 16. §-ának, de különösen 54. §-ának rendelkezéseiből világosan kitűnik. Ez a §. félreértések elkerülése czéljából különösen sorol fel néhány esetet, a melyekben az előző 52., 53. §§. korlátozásaival szemben a felfolyamodás meg van engedve; tulajdonképen pedig abban a §-ban van kifejezve a szabály, a mely habár nem is egészen jól, felsorolja a fentebbi két csoportba foglalt eseteket. A Terv. sem tesz ez alól kivételt, bár a szabályt szűkebb körben alkalmazza, mert azon esetekben, midőn a bíróság a perindítás valamely előfeltételének hiánya miatt a pert folyamatba tenni megtagadja, itélettel határoz, mely ellen nem felfolyamodásnak, hanem felebbezésnek van helye. (186., 187. §§.) Azon eseteket azonban, melyek a szabály alá esnek, nem sorolja fel mind, hanem csak egyeseket.[1] Erre egyébiránt nincs is

[1] Különösen is ki van mondva, hogy felfolyamodásnak van helye, midőn a bíróság az eljárást felfüggesztette 240., 450., 483. §§; midőn az

szükség, mert azon elvek szem előtt tartásával, melyeket fentebb az eseteknek két első csoportjára nézve felállítottunk, nem nehéz megállapítani, hogy mely végzések azok, melyek ellen a felfolyamodást meg kell engedni.

Tüzetes felsorolást igényelnek azonban azok a végzések, melyek ellen a felfolyamodás csak átvitten alkalmaztatik. Ezek ellen az orvoslást az itélet elleni felebbezésre is lehetne elhalasztani; de miután ez sok esetben a félre nézve mégis méltánytalan volna: szükséges azokat az eseteket, melyekben az orvoslás előzetesen, a felfolyamodási eljárás utján megengedendő, egyenként felsorolni. Tudtunkkal jelenlegi perjogunkban csak két ilyen eset van felemlítve. Az egyik, hogy a rendes perben felfolyamodásnak van helye azon végzés ellen, melyben a bíróság hatáskörét vagy illetőségét megállapítja N. 16. §. 54. §. 1. a másik, hogy felfolyamodással támadható meg az a végzés, melylyel birói letét kiadása engedtetik vagy tagadtatik meg. N. 54. §. 5. Sokkal kiterjedtebben alkalmazza ama átvitt körben a végzések elleni felfolyamodást a Terv. E szerint felfolyamodásnak van helye, ha a bíróság a megkeresést megtagadja 19. §., ha a bíróság valamely biró kizárása iránti kérelmet megtagadja 66. §., ha a bíróság a szegényjogot megtagadja vagy visszavonja és utánfizetést rendel 124. §., ha a bíróság az előkészítő eljárásban átvett okirat visszaadását elrendeli 206. §., ha a bíróság elutasítja az

igazolás iránti kérelmet elutasította 461. §. A felebbezés visszautasítására nézve (512. §.) a felfolyamodás nincs különösen megengedve, az itt a szabály (580. §.) alapján foglal helyt. Továbbá különösen meg van engedve, a felfolyamodás azon végzés ellen, melyben a bíróság rendzavarás miatt a peresfelekre tanukra, szakértőkre vagy másokra büntetést szab. 215., 216., 222. §§. melyben a tanút, tanúzási kötelességének megsértése miatt bünteti vagy költségben marasztalja vagy kimentését megtagadja. 304., 305., 310., 311., 319. §§ vagy végül okiratok közlésére kötelezi 316. §; melyben a szakértői kötelesség megsértése miatt büntetést szab ki vagy költségben marasztal 367. §. melyben a szakértő költségeit és díját megállapítja 474. §.; melyben *harmadik személyt* szemletárgy felmutatására kötelez, annak megtagadása miatt bünteti vagy költségben marasztalja 353., 354. §§. melyben az alsóbb birót, birósági hivatalnokot stb. költségben marasztalja 443. §. Ide sorolható még az az eset, hogy felfolyamodásnak van helye azon végzés ellen, melyben a bíróság a *mellékbeavatkozás* iránti kérelmet visszautasítja (88. §.), mert a visszautasítottnak sem áll módjában az ügy érdemében hozott itélet ellen orvoslást kérni.

itélet kiegészítése iránti kérelmet 421. §. Sőt a Terv. még egy ezektől teljesen elütő esetben, az ügy érdemében hozott *itélet* ellen is alkalmazza a felfolyamodást, a midőn a felek az itélet ellen csak a perköltség kérdésében kérnek orvoslást 580. §.

III. A felfolyamodási eljárást illetőleg röviden csak a következők kiemelésére szoritkozunk. A felsőbb bíróság a felfolyamodást rendszerint az ellenfél meghallgatása nélkül intézi el, még azon jogok szerint is, melyek a felebbezés elintézéséhez mind a két fél meghallgatását kivánják. A felfolyamodás és felebbezés tárgyában követendő eljárás közti különbséget kizárólag ebben kell keresnünk. E különbség azonban ott, hol a felebbezés is csak az egyik fél meghallgatása alapján intéztetik el, miként nálunk a rendes perben, ez alapon nem vonható meg. S így itt felebbezés és felfolyamodás közt nincs is különbség, hacsak azt nem tekintjük annak, hogy a felfolyamodás bejelentésének határideje rendszerint rövidebb, mint a felebbezésé. (V. ö. N. 32., 51. §§.) Az, hogy a felfolyamodás egyoldalú meghallgatás alapján intéztetik el, abban bírja okát, hogy az esetek azon két csoportjában, melyek a felfolyamodás sajátképi körét képezik, a bíróság a fél kérelmét elutasította, harmadik személyek ellen büntetést szabott ki, költségben való elmarasztalást mondott ki stb. a nélkül, hogy az ellenfelet meghallgatta volna, vagy ha ezt tette is, a meghallgatás nem volt előfeltétele a sérelmes végzés meghozatalának. Ha az ellenfelet nem kell meghallgatni a sérelmes végzés meghatározásánál természetes, hogy nem hallgatandó meg annak orvoslásánál sem. Ez volt oka ismét annak, hogy kezdetben a felfolyamodást nem is tekintették perorvoslatnak, hanem egy oly panasznak (querela simplex), melylyel a fél a fölöttes birósághoz abból a czélból fordúl, hogy a neki alárendelt birót fegyelmi hatósága alapján kötelességeinek teljesítésére szorítsa és a melynek alapján a fölöttes bíróság a kötelességsértő birót a félnek okozott kár megtérítésében is elmarasztalhatja. A jelenlegi jogokban a felfolyamodás már valóságos perorvoslat, mely a sérelmes végzés *hatályon kívül helyezése* által vezet orvosláshoz. Ama körülmény, hogy a felfolyamodás folytán hozott végzésben a felsőbb bíróság az alaki jogszabályt sértő birót a félnek nyilvánvaló vétkessége által okozott perorvoslati költségekben nemcsak kérelemre, de a mi jogunk szerint hivatalból is elmarasztalhatja (1877. VIII. t.-cz. 66. §., S. E. 115. §., Terv. 442. §.), nem olyan jelenség, mely a felfolyamodás jellemző

sajátságát képezné, mert ama elmarasztalás az itélet elleni felebbezés alapján is kimondható.

A felfolyamodás elintézésének módjai: helybenhagyás, megváltoztatás, feloldás, illetve megsemmisítés. Az orvoslást ezen módok szerint a felettes bíróság nyújtja. Megváltoztatás és feloldás azon esetekben foglalnak helyt, midőn a felebbviteli bíróság azt találja, hogy az alsóbb biró az alaki jogszabályt megsértette. Megváltoztatás esetében a felsőbb bíróság más megfelelő határozatot hoz, feloldás esetében pedig az eljárást vagy beszünteti vagy pedig az alsóbb birót ujabb eljárásra utasítja. És ez azon esetben, midőn az alsóbb biró az eljárást szabályellenesen megtagadta, az az elintézési mód, a mely egyedül lehetséges. A felettes bíróság nem vonhatja az ügyet a maga hatáskörébe s nem teheti folyamatba azt az eljárást, melyet az alsóbb biró megtagadott, miként ez a régibb jogokban előfordúlt, hanem csak azt kell tennie, hogy az alsóbb birót a megfelelő eljárásra utasítja.[1] Más szavakkal az ügy érdemleges elintézése ezen esetben nem hárul át a fölöttes bíróság hatáskörébe, holott más esetekben a felsőbb bíróság azon kérdésben, a mely iránt a fél felfolyamodással élt, érdemlegesen határoz, kivéve természetesen azt, hogy más oly alaki sérelem forog fenn, a mely miatt az eljárást beszüntetni vagy az alsóbb birót ujabb eljárásra utasítani kell. (V. ö. N. 58. §.)

Egy sajátszerű és csak a felfolyamodás természetéből kimagyarázható jelenség, hogy egyes esetekben az orvoslást a sérelmes végzés megváltoztatásával *az a biró is nyújthatja, a ki a sérelmes végzést hozta.* A T.-nak a pert illetőleg e részben nincs intézkedése;[2] a Terv. 586. §-a azonban ezt kifejezetten megengedi oly végzésekkel szemben, melyekhez a bíróság *kötve* nincs. Hogy melyek ezek, a Terv. nem mondja meg, de kétségkívül leginkább ama végzések tartoznak ide, melyekben a biró a fél valamely kérelmét az ellenfél meghallgatása nélkül elutasítja, mert ekkor semmi sem áll útjában annak, hogy a biró végzését megváltoztassa, ha annak helytelenségéről a felfolyamodás alapján meggyőződik.

IV. A felfolyamodást a mi törvényeink *előterjesztésnek* nevezik,

[1] Úgy látszik, ezt akarja kifejezni a Terv. 591. §-a V. ö. Indokolás 273. l.

[2] A végrehajtási eljárást illetőleg van 1881 : LX. tcz. 165. §. De ez nem tartozik ide.

midőn az, a bíróság valamely kiküldött közegének vagy megkeresett bírónak sérelmes végzése ellen irányúl. Az előterjesztést a kiküldő, illetve megkereső bíróság intézi el. (N. 55. §. Terv. 594. §.)[1]

## B) *Perorvoslatok ugyanazon biró előtt.*

### 62. §. A félnek visszahelyezése a korábbi jogállapotba.

I. Felebbezés, felülvizsgálat és felfolyamodás, perorvoslatok sértések orvoslására, melyeket a biró az anyagi, illetve alaki jogszabályokon elkövet. Egészen más jellegüek azok a perorvoslatok,

[1] Régibb jogunkban csak azokat a birói határozatokat nevezték *végzéseknek*, a melyeket a biró kizárólag az egyik fél kérelmére s a másik fél meghallgatása nélkül hozott, a többi határozatokat, melyeket a biró a per folyamán az ügy érdemében való itélet előtt hozott, *közbenszóló itéleteknek* hívták. A közbenszóló itéletek ellen helye volt felebbezésnek, de csak akkor, miután a biró az ügy érdemében itélt. Frank: i. m. II. 228. és 239. ll. A végzések ellen egy a mai felfolyamodáshoz hasonló perorvoslat nem létezett. Voltak azonban ennek pótlására más eszközök. Így bizonyára az, hogy a fél, midőn a biró a pert folyamatba tenni megtagadta, azt beszüntette vagy felfüggesztette, jogvédelem nélkül ne maradjon, *birói parancsot* — *mandatum iudiciale* — eszközölt ki magának, melyben a felsőbb bíróság az alsóbbat az eljárásra utasította és melynek, ha törvényes volt, eleget tartozott tenni, mert különben becstelenség, 200 frt pénzbüntetés, melynek fele a sértett félé volt és hivatalveszrés érte. 1563 : LXXVIII. tcz. 2., 3. §§. És ha ez czélra nem vezetett, akkor kétség kívül a felsőbb bíróság az ügyet saját hatáskörébe vonta (avocatio), azonban az ügyben nem maga járt el, hanem ezzel egy más alsóbb birót bizott meg (delegatio). Ugyanilyen volt az eljárás a német közönséges jog szerint is, melyre nézve azonban sokkal részletesebbek az adataink, mint hazai jogunkat illetőleg. A panasznak itt kezdetben csak akkor volt helye, midőn az alsóbb biró *rosszhiszeműleg* tagadta meg az eljárást vagy rosszhiszeműleg késlekedett. Innen a panasz elnevezése is *querela denegatae vel protractae iustitiae*. A rosszhiszeműség különösen abból tünt ki, hogy az alsóbb biró a felsőbb bíróság előző felhívásának litterae promotoriales, mandata de administranda iustitia, eleget nem tett. *Querela simplex*-nek is hívták a panaszt abból az okból, hogy általa a fél megkülönböztetésül az igazi perorvoslattól, nem az alsóbb biró határozatának *megváltoztatását* akarta elérni, hanem azt, hogy a felsőbb bíróság fegyelmi hatóságánál fogva az alsóbb birót kötelességének teljesítésére szorítsa. Később azonban a felsőbb bíróság a panasznak helyt adott a nélkül, hogy az alsóbb biró rosszhiszeműleg tagadta volna meg

a melyek a fél által elkövetett perbeli mulasztások orvoslására szolgálnak, mert itt az orvoslás okául nem valamely jogszabálynak a megsértése szerepel. Igaz, hogy a fél is sért alaki jogszabályt, midőn a perben nyilatkozási kötelességének eleget nem tesz. Csakhogy ez a sértés a per szabályszerű lefolyását nem gátolja; a biró egyszerűen alkalmazza a féllel szemben a nyilatkozás elmulasztásának következményeit. Míg ellenben, ha a biró sérti meg az alaki jogszabályt, az eljárás szabályszerű lefolyása van meggátolva. Akkor pedig, midőn a fél egy megengedett cselekvényt mulaszt, alaki jogszabály megsértéséről természetesen szó sem lehet.

A fél a perben vagy egy *kérelmet* vagy egy kérelemre vagy nyilatkozatra való *nyilatkozatot* mulaszt el. Az előbbi esetben egy megengedett az utóbbiban egy kötelességszerű cselekvény mulasztása forog fenn. A hátrány mind a két esetben az, hogy a fél az elmulasztott cselekvényt többé *nem végezheti*, a minek következménye az első esetben mégis más, mint az utóbbiban. Midőn a fél egy kérelmet mulaszt el előterjeszteni, mulasztásának az a következménye, hogy *nem áll be az a kedvező perbeli változás*, mely a kérelemtől feltételezve volt. A fél állítása bizonyítás nélkül maradt, ha bizonyító-eszközt nem nevez meg, az ügy nem kerül a felebbezési bíróság elé, ha a fél felebbezéssel nem él stb. Midőn pedig a fél nyilatkozni elmulaszt pl. a kereset tényalapjára, a kifogásokra stb. az a következmény áll be, hogy a tény, melyre a félnek nyilatkozni kötelessége lett volna, valónak vétetik. Itt tehát

a kérelem teljesítését, utasítván őt (ordinatio) a megfelelő eljárásra. Így lett azután a querela simplex valóságos perorvoslattá. Itt még csak azt jegyezzük meg, hogy a querela simplex akkor is foglalt helyt, midőn az alsóbb bíróság fegyelmi hatóságát tanúkkal, szakértőkkel stb. szemben helytelenül gyakorolta, mint ezt a felfolyamodást illetőleg fentebb kifejtettük. Minden más esetben csak felebbezéssel lehetett élni, átvitten tehát a felfolyamodást nem alkalmazták V. ö. WETZEL: i. m. 815. s k. ll. BAYER: i. m. 281. s k. ll. — A felfolyamodás a *német* (530—540. §.) és az *osztrák* perrendben (514—528. §.) úgy van szabályozva, mint a mi jogunkban. A *franczia* perrend a felfolyamodást nem ismeri. E szerint, ha a biró az eljárást megtagadja, (déni de justice) egy különös perorvoslatnak — *prise a partie* — van helye 505. §. 4., mely által a fél a birót kártérítésben kéri marasztalni s a mely egyuttal a sérelmes határozat megváltoztatására irányul. Hogy azonban az utóbbi jelleggel is birna, tehát, hogy igazi perorvoslat volna, az vitás. L. GARSONNET: i. m. V. 510. s k. ll.

ellentétben az előbbi esettel egy *kedvezőtlen perbeli változás* áll be. Ezen esetekben a perbeli hátrány a felet egész *jogszerüen* éri, mert az az eljárási szabályok pontos betartása mellett jött létre. Mindazáltal számos esetben a törvények a félnek ekkor is nyujtanak orvoslást, olyképen, hogy megengedik, mikép a fél az elmulasztott, megengedett vagy kötelességszerű perbeli cselekvényt még utólag is végezhesse. Ezen utóbbi esetben megszűntetik a félre nézve azt a perbeli jogállapotot is, mely a kötelességszerű cselekvény elmulasztása folytán jött létre. Szóval a fél abba az állapotba lesz visszahelyezve, a mely a hátrányos mulasztás, illetve cselekvés előtt fennállott s ezen okból is az orvoslás ezt a faját *visszahelyezésnek az előbbi jogállapotba* nevezzük. Azonban ezen perorvoslat jellemző sajátsága még sem rejlik a visszahelyezésben, mert ez sokszor akkor is előfordúl, midőn az anyagi vagy alaki jogszabálynak a biró által elkövetett megsértése miatt adatik perorvoslat. Nevezetesen feloldás esetében a felsőbb birróság nem tesz egyebet, mint hogy visszaállítja a sértő birói határozat előtti jogállapotot, akár rendel új eljárást, akár pedig azt egészen beszünteti. A visszahelyezés jellemző sajátsága egyedül az, hogy a félnek egy *jogszerű* perbeli állapot ellen adatik orvoslás, méltányossági okoknál fogva. Sokszor az eljárási szabályok betartása mellett létre jött jogállapot a félre nézve túlságos szigort rejt magában. Ezt enyhitendő, helyezi vissza a törvény a felet a korábbi jogállapotba, más orvoslási mód a törvény szigorának enyhítésére nem állván rendelkezésére. Ma a visszahelyezés jogszerű perbeli állapotokkal szemben, mint látni fogjuk, sokkal szükebb korlátok között fordúl elő, mint régebben. Ennek oka a mai jogok nagyobb tökélyében rejlik. Mert minél tökéletesebb egy jogrendszer, annál kevésbé fordúlhat elő az, hogy azok a jogállapotok, melyek a törvény értelmében létre jönnek, túlságos szigorral nehezedjenek a felekre, úgy, hogy e miatt a visszahelyezés szükséges volna.

A visszahelyezés rendszerinti oka egy megengedett vagy kötelességszerű perbeli cselekvény elmulasztása. Kivételesen azonban egy hátrányos perbeli cselekvény miatt is van helye visszahelyezésnek. E cselekvény a *perbeli beismerés*. Ha a félnek megengedtetik, hogy perbeli beismerését visszavonja, akkor abba a helyzetbe jut, hogy utólag azt a tényt, a melyet korábban beismert, tagadhatja vagy ellene kifogásokkal élhet, tehát a fél itt is visszahelyeztetik a korábbi jogállapotba.

II. A törvények azon okokat, melyekből visszahelyezést engednek, mindig egyenként megjelölik, úgy, hogy az más esetekben nem is foglalhat helyt. Mi itt, a mi jogunkat tartva szem előtt, az egyes okokat egyenként fogjuk felsorolni, mielőtt a visszahelyezés feltételeit és különböző módjait megismertetnők, mert ezek a visszahelyezés okai szerint különbözők. E felsorolásnál pedig abból a jelenségből kell kiindulnunk, hogy a perbeli a hátrány, mely a felet a mulasztás, illetve perbeli beismerése folytán éri, kétféle. Az ugyanis vagy abban nyilvánul, hogy a biró a félre nézve hátrányos itéletet hoz vagy abban, hogy hátrányos itélet vagy végzés jogerőre emelkedik, illetve megtámadhatlanná válik. Az előbbi esetben a visszahelyezés oka természetesen az itélet hozatala előtt, az utóbbi esetben az itélet, illetve végzés hozatala után merült fel. Midőn a visszahelyezés oka az itélet hozatala előtt merült fel, a visszahelyezés vagy még az itélet hozatala előtt történik, hogy a hátrányos itélet kikerültessék, vagy adatik az itélet hozatala után, de közvetlenül az itélet ellen, a mennyiben a hátrányos itélet hatályon kívül helyeztetik. Midőn pedig a visszahelyezés oka az itélet vagy végzés után merült fel, a visszahelyezés mindig csak azon cselekvény pótlására irányúl, mely által a határozat megtámadható. E szerint a visszahelyezés adatik: itélet hozatala előtt, itélet hozatala után, közvetlenül az itélet hatályon kívül helyezésére és az itélet hozatala után elmulasztott cselekvény pótlására.

*a)* A félnek visszahelyezése az itélet hozatala előtt csak kivételesen fordúl elő. Még pedig a rendes perben a törvény visszahelyezést enged, midőn az alperes elleniratát, a felperes pedig válasziratát nem nyújtotta be kellő határidőben (N. 61., 62. §§.) és midőn a fél bizonyító eszközeit nem nevezte meg abban a periratban, a melyben azt tennie kellett volna. (T. 156. §.) Sommás perben és a Terv. szerint a fél visszahelyeztetik, midőn pergátló kifogásait, melyek oly perakadályokra vonatkoznak, a melyeket a biróság nem vesz hivatalból figyelembe, nem adta elő a perbebocsátkozás előtt (S. E. 27. §[1]. Terv. 185. §.[1]), midőn a fél a felülvizsgálati eljárásban uj bizonyító eszközöket akar felhozni s azokat nem a felülvizsgálati kérelemben, illetve válasziratban terjesztette elő (S. E. 198. §. Terv. 565. §.) és Terv. szerint, midőn a fél az előkészítő eljárásban a kiküldött biró előtt megjelenni elmulasztván, a szóbeli tárgyaláson akar uj tényeket felhozni. (267. §.)

Ezen eljárásokban azonban egyedül azért, hogy a fél valamely

tárgyalási határnapot mulasztott el, nincs visszahelyezés az itélet hozatala előtt. Az itélet hozatala után ez lehetséges; de ez, mint a következő pontban látni fogjuk, más szempont alá esik. Visszahelyezés perbeli beismerés visszavonása czimén szintén csak az itélet előtt fordúl elő. Kétségtelen ugyanis, hogy a beismerés alapján hozandó itélet a félre nézve hátrányos lesz, nincs tehát ok a visszahelyezést az itélet utáni időre halasztani. Miután, mint másutt kifejtettük, a rendes perben a tett beismerést nem lehet visszavonni. (T. 164. §.), hanem az csak a sommás perben és a Terv. szerint van megengedve (S. E. 60. §., Terv. 272. §.) világos, hogy visszahelyezés a beismerés visszavonása czimén csak ezen eljárásokban fordúlhat elő.

*b)* Visszahelyezésnek az itélet hozatala után és az itélet ellen, a per folyamán elkövetett mulasztás miatt helye van két fő esetben. Az egyik a félnek *teljes mulasztása*, midőn tehát a fél egy bizonyos határidőben, illetve tárgyalási határnapon *nyilatkozási kötelességének* egyáltalában eleget nem tett, úgy, hogy ennek következtében a bíróság a nyilatkozni elmulasztó félre kedvezőtlen itéletet hozott. Ez alapon a rendes perben visszahelyezésnek van helye, mert az alperes vagy a felperes a perfelvételi határnapon nem jelent meg, a sommás perben, ha valamelyik fél a perfelvételi vagy későbbi tárgyalásról maradt el, (v. ö. N. 61. §.) a Terv. szerint pedig, ha az alperes nem jelent meg a perfelvételi tárgyaláson vagy, ha valamelyik fél a későbbi tárgyalási határnapot mulasztotta el. (V. ö. Terv. 460. és 468. §§.). Hogy a felperesnek a perfelvételi határnap elmulasztása miatt nincs szüksége visszahelyezésre, ez abból következik, hogy a bíróság ellene nem hoz makacssági itéletet, neki ujból lehet a pert minden hátrány nélkül megindítani. — A másik főeset, hogy a fél visszahelyezést nyer az itélet ellen a perben elkövetett *nem teljes* mulasztás miatt, nevezetesen midőn a fél a perben hiányosan cselekedvén, a szükséges *bizonyító-eszközöket* nem nevezte meg. (N. 69. §. 2.; Terv. 595. §. 10.) Ehhez járul még mai jogunk szerint, hogy a fél ügyvédje elmulasztott valamely tényt tagadni, vagy a rendelkezésére bocsátott bizonyító eszközt előadni. (N. 69. §. 1.)

*c)* Visszahelyezésnek helye van az itélet után, az itélet után elkövetett mulasztás miatt a jelenlegi jogunk szerint: a felebbezési, felülvizsgálati, rendes perben esküre való jelentkezési határidőnek és eskületéti határnapnak elmulasztása miatt (N. 61. §.); a Terv.

szerint minden *záros* határidőnek, vagyis a törvényben megállapitott s a biró vagy a felek által meg nem hosszabbitható határidőnek elmulasztása miatt. (460. §.) Záros határidők a következők: a felebbezés (508. §.), a felülvizsgálat (557. §.), a felfolyamodás (583. §.), az ellenmondás (469. §.) és a perujitás (600. §.) határideje.

III. A visszahelyezés rendszerinti feltétele a fél mulasztása esetében az, hogy a fél *véletlenül* mulasztotta el az illető perbeli cselekvényt, s ezt valószinüvé kell tennie. (N. 61. §, T. 156. §, S. E. 27. §[1]; Terv. 185. §[1], 460. §.) A fél vétlensége jelenti azt, hogy a mennyiben személyesen járt el a perben, őt, a mennyiben pedig meghatalmazott által volt képviselve, ezt, vétkes gondatlanság a mulasztás körül ne terhelje. A fél képviselőjének vétkes mulasztását a mai jogok a fél vétkes mulasztásának is tekintik s a miatt rendszerint nem engednek visszahelyezést (V. ö. N. 61. §. Terv. 450. §.). Jelenlegi jogunkban azonban a perujitást illetőleg ez alól mégis van kivétel (N. 69. §. 1.), de a Terv. ezt nem ismeri. Egyes esetekben azonban a mulasztás vétlensége, nem előfeltétele a visszahelyezésnek, a törvény a felet visszahelyezi a korábbi jogállapotba tekintet nélkül arra, vajjon a mulasztás vétlen volt vagy sem. Ez előfordul jelenleg a rendes és a sommás perben a perujitásnál az ügyvéd mulasztása esetében és akkor, midőn az első izben való perujitás új bizonyító eszköz alapján kéretik. (N. 69. §. 1. 2.) A Terv. azonban ügyvéd mulasztása miatt egyáltalában nem enged perujitást,[1] új bizonyító eszköznél pedig a perujitás előfeltétele a szabály értelmében a mulasztás vétlenségének valószinüsítése (595. §. 10.). A Terv. szerint azonban a mulasztás vétlenségének valószínűsítése nem előfeltetele a visszahelyezésnek, midőn az alperes a perfelvételi határnapot mulasztotta el.

Hogy a törvények szabályképen a visszahelyezés előfeltételéül a mulasztás vétlenségének valószinüsítését kivánják, az abban birja okát, hogy a visszahelyezés folytán szabályszerű birói eljárás helyeztetik hatályon kívül. Ezt azonban, hogy a jogbiztonság csorbát ne szenvedjen, a törvény által meghatározott esetekben, csak akkor lehet megengedni, midőn a jogszerű perbeli állapot a fél mulasztása folytán jött ugyan létre, de az ő hibáján kívül. Azt ezen kívül is megengedni, csak kivételesen, különös fontos okok

[1] Indokolás 275. l.

alapján czélszerű. Mint fentebb láttuk, jelenlegi jogunk ilyen kivételt csak két esetben tesz a perujításnál. Az egyik, hogy a perujítást megengedi, az ügyvéd mulasztása czimén, nem is indokolt, az csak régi perjogunk hagyományaképen maradt fenn. A másik, hogy előszöri perujítást enged a mulasztás vétlenségének valószinűsítése nélkül, abban birja indokát, hogy a rendes perben a felebbezési eljárásban új bizonyitékokat felhozni nem lehet s így a perujítás megengedése a vétlenség előfeltétele nélkül, egészen helyén való. A Terv. által tett kivétel pedig, hogy az alperesnek visszahelyezés adatik a mulasztás vétlenségének valószinűsítése nélkül, a makacssági itélet ellen a perfelvételi határnap elmulasztása miatt: a makacsság következményeinek enyhítésére irányul. Hogy ezen kivétel czélszerű-e, bár a franczia jog nyomán a legtöbb ujabb perjogban előfordul, vitás, miután más eszközök is vannak arra, hogy a makacssági itélet következményei ne túlságos szigorral nehezedjenek az elmaradt félre, És kérdés, vajjon nem volna-e jobb ezen esetben is a visszahelyezést csak a vétlenség valószinűsítése mellett megengedni? A mit ez ellen felhozni szokás, hogy a biróságok a valószinűsítést igen enyhén veszik, úgy, hogy itt a visszahelyezés a vétlenség valószinűsítése mellett alig különbözik attól, mely ehhez a feltételhez kötve nincs: nem fogadható el érvül, mert ezen érvelés alapján a visszahelyezést általában kellene függetlenné tenni a vétlenség valószinűsítésétől, a mit bizonyára senki sem akar.

A visszahelyezés feltételeit perbeli beismerés visszavonásánál a biró belátása szerint határozza meg, de bizonyára csak akkor fog annak helyt adni, ha a fél *menthetően tévedett.*

## 63. §. Folytatás. Különösen igazolás, ellenmondás perujítás.

Áttérünk most az egész kérdés betetőzését képező pontra, hogy a visszahelyezés a félnek minő eljárási módok szerint nyujtatik. Ezek a szerint különbözők, a mint mások az esetek, a melyek czéljából a visszahelyezés adatik s a mint különböznek ennek feltételei. Csoportosítva, áttekintést nyujtunk róluk, mert a visszahelyezés jogi természetéről csak így nyerhetünk tiszta fogalmat. A mi saját jogunkat illeti, e szerint a visszahelyezés módjai: *az igazolás, a perujítás;* a Terv. szerint ezeken felül az *ellenmondás.* Ezekhez járul a visszahelyezésnek még egy módja, mely

külön névvel megjelölve nincs, s külön eljárási szabályok alatt nem áll.

*a) Az igazolás* a visszahelyezés szabálykénti, mert a legtöbb esetre kiterjedő módja. Jellemző sajátsága az, hogy határnapok vagy határidők elmulasztásának orvoslására szolgál a törvény által kifejezetten megengedett esetekben. Más szavakkal, *az igazolás visszahelyezés azon okból, hogy a fél perbeli cselekvényét nem végezte, mert az erre szolgáló határnapot vagy határidőt vétlenségből elmulasztotta.* E szerint igazolásnak helye van egyrészt akkor, midőn a fél az itélet hozatala előtt mulasztott el valamely tárgyalási határnapot, a mennyiben a törvény kivételt nem tesz (l. b.), vagy perirat beadási határidőt, mely esetekben az igazolás az *itélet* ellen irányul, ismét a rendes per egy kivételével, midőn a fél periratát mulasztotta el kellő határidőben beadni (T. 143. §), mert ekkor az igazolás még az itélet előtt foglal helyt. Másrészt helye van igazolásnak az itélet után elkövetett mulasztás miatt, azon határidőknek, illetve határnapnak elmulasztása miatt, melyeket az előző §-ban II. *c)* alatt felsoroltunk. S így a Terv. értelmében helye van igazolásnak minden záros határidő elmulasztása miatt (460. §.). Az igazolás eseteinek ezen csoportja s az előbbiek közt az a nevezetes különbség, hogy azokban az igazolás az *itélet hatályát nem érinti.* A fél itt csak azt akarja elérni, hogy a fél utólag azt a perorvoslatot előadhassa, a melynek segélyével az itélet hatályától megfosztható. Holott az igazolás az esetek első csoportjában közvetlenül az itélet hatályának megdöntésére irányul. S ha ennek a biró helyt ad, a fél utólag mindazon perbeli cselekvényeket végezheti, melyeket az elmulasztott határnapon vagy határidőben végeznie kellett volna, s ennek alapján fog a biró új itéletet hozni. Más szavakkal ezen igazolás folytán a fél tagadhat, kifogásokkal és ellenkifogásokkal élhet, új bizonyító eszközöket hozhat fel s ezek figyelembe vételével fog a biró ujabb itéletet hozni.

A törvény csak bizonyos határidőn belül engedi meg az igazolást. Ez a N. 63. §-a szerint az elmulasztott határnaptól vagy határidőtől számított fél év, a Terv. 461. §-a szerint egy év. E határidő ugyan szintén záros határidő, de elmulasztása miatt nincs helye igazolásnak (N. 62. §; Terv. 461. §.). Ezen határidő eltelte előtt az itélet *jogerőre* is emelkedik, s így az igazolásnak az itéletnek jogerőre való emelkedése után is van helye. Ez

akkor, midőn a fél a felebbezési, felülvizsgálati vagy ellenmondási határidőnek elmulasztása miatt él igazolással, nem is lehet máskép. Az itéletnek jogerőre emelkedése előtt a mi jogunk szerint igazolással csak akkor lehet élni, midőn a fél rendes vagy sommás perben az itélet hozatala előtt egy határidőt, illetve határnapot mulasztott el, a Terv. szerint pedig akkor, midőn a fél az ellenmondási határidőt mulasztotta el.

Az igazolás a sommás perben (S. E. 163, 189. §§.) és a Terv. szerint általában (463. §.) azon bíróság előtt folyt le, mely előtt a a határnap vagy határidő el lett mulasztva, a rendes perben pedig mindig az első fokú bíróság előtt (N. 63. §.). Ez a rendes eljárás szervezetével függ össze, de nem helyeselhető. Továbbá jelenlegi jogunk szerint, úgy a rendes, mint a sommás perben a bíróság az igazolás kérdésében mindig az ellenfél meghallgatása után határoz (N. 64. §.), ellenben a Terv. 464. §-a szerint csak akkor, midőn a bíróságnak a pótolt cselekvény alapján mind a két fél meghallgatásával kell határoznia. Ehhez képest mindig meghallgatandó a másik fél tárgyalási határnap, felebbezési, felülvizsgálati és ellenmondási, perujítási határidő elmulasztása, de nem a felfolyamodási határidő elmulasztása miatt, mert maga a felfolyamodás is az ellenfél meghallgatása nélkül intéztetik el.

Az igazolás elintézése annak vizsgálatából áll, vajjon a mulasztás *vétlenül* történt-e vagy sem? E vétlenség a mulasztó fél által valószinűsítendő; azaz bizonyos bizonyító eszközöket kell a félnek felhoznia, melyekből a biró, habár nem is teljesen, de mégis némiképen a mulasztás vétlenségéről meggyőződik. És e czélból hallgattatik meg, ha ennek egyáltalában helye van, az ellenfél is. Azonban az, hogy a biró a mulasztást vétlennek tekintse, nincs az ellenfél nyilatkozatától függővé téve. A mulasztás vétlenségéről a bírónak hivatalból kell meggyőződnie s pusztán az ellenfél *beismerése* alapján a mulasztást nem tekintheti vétlennek. Ez okból meghallgatás esetében az ellenfelet nem terheli *nyilatkozási kötelesség*, s így egyedül a nyilatkozás elmulasztása miatt a biró a mulasztást nem tekintheti vétlennek.

*b)* A Terv. szerint a visszahelyezésnek másik, különös eljárási szabályok alatt álló alakja az *ellenmondás*. Ezzel az alperes élhet a még jogerőre nem emelkedett makacssági itélet ellen, melyet a bíróság a perfelvételi határnap elmulasztása miatt hozott, a nélkül, hogy mulasztása vétlenségét valószinűsítenie kellene.

(V. ö. Tervezet 468—473. §.) Ennélfogva a makacssági itélet pusztán az alperes *akarata* folytán veszíti hatályát. Ez képezi jellemző sajátságát az igazolással szemben; annak folytán itt a mulasztás vétlensége körüli eljárás elesik, s a bíróság. feltéve, hogy az ellenmondás kellékei megvannak, azonnal megnyitja az eljárást a főügyben. Fentebb kifejtettük, hogy a visszahelyezés ezen alakja sok kifogás alá esik, s ezt még az is tetézi, hogy az ellenmondási határidő, mely 15 nap, elmulasztása miatt, még igazolásnak is van helye. E szerint tehát a Terv. az alperesnek kétszeres visszahelyezést nyujt: egyet, mely által az alperes a makacssági itéletet pusztán akaratával megdöntheti s egy másikat, melynél a makacssági itélet a mulasztás vétlenségének valószinűsítése mellett helyeztetik hatályon kívül. Ezt a visszásságot némiképen csak az enyhíti, hogy a Terv. az ellenmondást igen szük körben alkalmazza. Már többször kifejtettük, hogy jelenlegi jogunk egész helyesen az ellenmondást nem ismeri.

*c)* A visszahelyezés harmadik főalakja a *perujítás*. Ez a jogerős itélet ellen foglal helyt, midőn a fél *nem teljes mulasztást* követett el, vagyis, midőn a fél valamely tárgyalási határnapon megjelent, illetve periratot kellő határidőben benyujtotta ugyan, de az általa bizonyítandó tény bebizonyítására valamely *bizonyító eszközt* megnevezni elmulasztott. A perujításról még a következő §-ban is fogunk szólani; itt róla csak annyiban kell megemlékeznünk, a mennyiben ez a visszahelyezés teljes megvilágítására szükséges.

A Terv. a perujítást új bizonyíték alapján mindig a mulasztás vétlenségének igazolásához köti, ellenben jelenlegi jogunk szerint a perujításhoz ügyvédi mulasztás czimén egyáltalában nem, az új bizonyító eszköz alapján az első izbeni perujításhoz a mulasztás vétlenségének valószinűsítése nem szükséges. Megindításának határideje jelenlegi jogunk szerint ügyvédi mulasztás czimén fél, új bizonyító eszköz czimén tiz év (N. 69. §.), a Terv. szerint új bizonyító eszköz czimén 60 nap, de csak tiz éven belül az itélet jogerőre emelkedésétől számítva (N. 69. §. Terv. 600. §.). Jelenlegi jogunk szerint megindítandó mindig az első fokú bíróság előtt (T. 47. §.), a Terv. 599. §-a szerint majd az első, majd a felebbezési bíróság előtt. A részletezéstől itt eltekintünk, különösen csak azt emeljük ki, hogy a perujítás jellemző sajátsága az igazolással szemben egyedül abban rejlik, hogy a fél csak az *előre meghatá-*

*rozott bizonyító* eszközre, illetve az ügyvédi mulasztásra való tekintettel helyeztetik vissza s így veszíti hatályát a hozott jogerős itélet is; ellenben ha az itélet igazolás, illetve ellenmondás utján helyeztetik hatályon kívül tárgyalási határnap vagy perirat-beadás határidejének elmulasztása miatt, a fél belátása szerint nyilatkozhatik: tagadhat, beismerhet, élhet kifogásokkal, ellenkifogásokkal és hozhat fel új bizonyító eszközöket. E különbség egyedül csak abból magyarázható, hogy az igazolás és ellenmondás, visszahelyezés teljes, a perujítás pedig nem teljes mulasztás miatt. Itt a fél már nyilatkozott és esetleg bizonyított is, nincs tehát egyébre szükség, mint hogy a hiányzó bizonyító eszközöket felhozza, illetve kiegészitse. Szoros kapcsolat köztük annyiban van, hogy itélet előtti határnap vagy határidő elmulasztása miatt az igazolás épúgy vezet közvetlenül az itélet hatályának megszüntetéséhez, miként ez a perujításnak minden esetben a czélja. E körülmény történeti kifejlődésük megitélésére is bir fontossággal.

A perujítás azonban nem az egyedüli eszköz, melylyel a fél nem teljes mulasztás miatt az itélet hatályon kívül helyezése által visszahelyezés nyerhet. Erre a czélra szolgál, mint ezt már érintettük, a *felebbezés*, is feltéve, hogy az új tények felhozatala meg van engedve. Sőt ez erre a mai jogok szerint még tágabb körben szolgál, mint a perujítás. Meg van engedve nemcsak új bizonyító eszközöket felhozni, miként a perujításnál, hanem új kifogásokat, ellenkifogásokat s közvetett bizonyító tényeket is, s mindezt a nélkül, hogy a mulasztás vétlenségét igazolni kellene. Csak ebből érthető meg, hogy miért mozog a perujítás, mint a visszahelyezés eszköze, a Terv. szerint szükebb korlátok közt s miért van szigorúbb feltételhez kötve, mint jelenlegi jogunkban. Itt ugyanis a rendes perben a felebbezés nem eszköz a visszahelyezésre, mert új tényeket felhozni itt nincs megengedve s így a perujítást tágabban s enyhébb föltételek mellett kellett megengedni.

*d)* Van végül a visszahelyezésnek még egy alakja, a mely külön névvel megjelölve nincs, s a mely a közönséges eljárási szabályoktól semmiben sem különbözik. Ez főleg mulasztások orvoslására szolgál, melyeket a fél a per folyamán az itélet előtt az által követett el, hogy a fél bizonyos perbeli cselekvényt nem a kellő időben végzett, a nélkül azonban, hogy a határidőt vagy határnapot elmulasztotta volna. Ez inkább a rendes perben fordulhat elő, mert az eshetőségi elvnél fogva a perbeli cselekvények itt

vannak általában bizonyos időhöz kötve. Itt nevezetesen a fél mulasztást követ el, ha a kifogásokat, ellenkifogásokat, a bizonyító tényeket és bizonyító eszközöket nem a megfelelő periratban hozza fel (T. 156, 159. §§.). A sommás perben és a Terv. szerint csak kivételesen van a per folyamán belül egy perbeli cselekvény időhöz kötve. Igy időhöz vannak kötve a nem hivatalból figyelembe veendő pergátló kifogás, a mennyiben ezt a félnek a perbebocsátkozás előtt kell felhoznia (S. E. 27. §[1]; Terv. 185. §[1]), az új tények felhozatala a felülvizsgálati eljárásban, melyeket a felülvizsgálati kérelemben, illetve válasziratban kell előadni (S. E. 198. §. Terv. 565. §.) és új tények felhozatala a szóbeli tárgyaláson, midőn ezt kiküldött biró előtt előkészítő eljárás előzte meg, mert ilyenkor azokat az előkészítő eljárásban kell előadni. Azonban mindezen esetekben a cselekvény utólagos pótlása megengedtetik, tehát a fél visszahelyeztetik, ha valószinűvé teszi, hogy a mulasztás vétlenül történt (L. az i. §§-t). Ezen esetekben a visszahelyezés egészen a főtárgyalás körén belül történik. Ugyanez áll a sommás perben és a Terv. szerint egy további, de egészen más természetű esetben, a visszahelyezés esetében perbeli beismerés ellen.

A visszahelyezés természete itt más mint az igazolásé, mert nem forog fenn határnapnak vagy határidőnek elmulasztása. Megegyezik a perujítás természetével annyiban, hogy itt is részleges mulasztás miatt adatik visszahelyezés. Sőt, különösen a rendes perben, hol a felebbezésben új tényeket felhozni nincs megengedve, igen alkalmas eszköz a perujítás elhárítására, mely különben nem volna elkerülhető, ha a félnek nem engedtetnék meg egy későbbi periratban azokat a bizonyító eszközöket felhozni, melyeket korábban hibáján kívül előadni elmulasztott. Eddig mulasztás a visszahelyezés ezen névtelen alakjának perorvoslati természetét nem ismerték fel, a min annál kevésbé tudunk csodálkozni, mert a visszahelyezés azon alakjait, melyek különös eljárási szabályok alatt állanak — igazolás, ellenmondás, perujítás — sem szokás perorvoslatoknak tekinteni. Azonban mi sem ezt, sem az előbbit, az 53. §-ban mondottak után, kétségbe vonni nem tudjuk.[1]

[1] A visszahelyezés perorvoslatát különböző, s a mostanitól eltérő alakokban, *régi magyar* jogunk is ismerte. Némiképen a mai jogunk szerinti igazoláshoz hasonló visszahelyezésnek volt helye, midőn az alperes a királyi, báni vagy kerületi tábla előtt a perfelvételére rendelt határnapon nem jelent meg. Ezek a birószágok a makacssági itéletet

## 64. §. A felebbvitel elhárítására szolgáló perorvoslatok.

I. A visszahelyezés különböző eseteiben rendszerint ugyanazon biró nyujtja az orvoslást, a ki előtt a fél a mulasztást elkövette. Ez azonban sokszor a biró által elkövetett sértések eseteiben is előfordul, midőn a körülmények alapján feltehető, hogy a biró

15 napon belül nem adták ki, melyen belül, ha az alperes mulasztását kimentette, a hozott makacssági itéletet hatályon kívül helyezték. 1723 : XXXII. tcz. 8., 9. §§.; 1729 : XXXVIII. tcz. 5. §. — Ezt megelőzőleg az alperes, a ki a megjelenésben gátolva volt, a távollétében hozott makacssági itélet végrehajtását az által gátolhatta meg, hogy a birónál az itélet kiadását letiltotta vagy a mennyiben az itélet már kiadattot, a biró engedélye folytán a végrehajtásra megkeresett hiteles helyet, a végrehajtástól tiltotta el. Innen az elnevezés is *inhibitio*. 1492 : 51. tcz. 4. §. Kitonich: i. m. 97. l. Minthogy az inhibitioval igen sűrűn éltek, a fentebbi törvények azt eltörlik s elrendelik, hogy a makacssági itélet 15 napon belül ki se adassék. Ilyen letiltás, tilalom a királyi és báni táblán olyan itéletekkel szemben is volt lehetséges, melyek az alperes mulasztásán kívül hozattak. Sőt az itt a fentebb említett törvények után is fenmaradt s *prohibita*, t. i. res v. causa prohibita neve alatt volt ismeretes. A prohibita által tehát akármelyik fél, akár a fel- akár az alperes a reá nézve kedvezőtlen itélet kiadását eltilthatta, s ujabb tárgyalást kivánhatott, a nélkül, hogy valószínűsíteni kellett volna, mikép valamely tényt felhozni vétlenül mulasztott el. Kezdetben négyszer volt megengedve prohibita-val élni. Kitonich: i. m. 102. l. de az 1618 : LXV. tcz. a vele járó visszásságok korlátozására, azt csak kétszer engedte meg. Minthogy azonban a gyakorlatban ezt tágabban magyarázták (V. ö. Frank: i. m. II. 248. l. *b)* jegy.) az 1792 : XVI. tcz. 1. §-a világosan elrendeli, hogy prohibita a perben az oppositiot, repulsiot, perujítást is beleszámítva, csak kétszer vehető igénybe. Helye volt visszahelyezésnek a kinált vagy visszakinált és elfogadott eskü ellen is, ha a fél ujabb bizonyító eszközt talált és kimutatta hogy azt korábban nem használhatta. Frank: i. m. II. 219. l. Ezt a régibb írók *prohibitio*-nak nevezik. Kitonich 105. l. A prohibitioval össze kellett kötni a felhívást az újból való tárgyalásra 1550 : LIV. tcz. De megjegyzendő, hogy a prohibita is hatályát vesztette, ha a fél azt második törvényszakon belül nem indokolta 1807 : VIII. 2. §. Az itélet kiadása után nem lehetett soha prohibitaval élni. De, ha az itélet jogerőre emelkedett és *végre is hajtatott*, lehetett még visszahelyezést kérni *perujítás* (novum iudicium) utján. Régi jogunk szerint tehát a perujítás csak végrehajtás után lehetséges. Perujításhoz régebben mindig külön kegyelemlevél kellett. Ujabban azonban az csak a másodszori perujításhoz volt szükséges. Frank: i. m. II. 309. l. Egy utolsó alakja a visszahelyezésnek volt régi jogunk szerint «a *perszó másí-*

saját hibáját belátva, a sérelmet önmaga fogja orvosolni s így a felebbviteli biró előtti orvoslás szüksége elesik vagy midőn a felsőbb biró utasítja az alsóbbat, hogy az általa elkövetett sértéseket orvosolja, avagy végül, midőn a perorvoslást magasabb biró előtt megengedni nem mutatkozik czélszerűnek. E szerint a perorvoslás birói sértések miatt a sértő biró által két czélból foglal helyet: egyrészt a felebbviteli perorvoslatok megelőzésére és elhárítására, másrészt azoknak pótlására. Egy fontos alapelv a perorvoslatok berendezésénél az, hogy a perorvoslás magasabb bíróságok előtt csak akkor foglaljon helyt, midőn ez elkerülhetlenül szükséges; mert sem a félre nem előnyös, ha őt a törvény igen sok esetben szorítja arra, hogy az alsóbb biró által elkövetett sértések miatt a magasabb birónál keressen orvoslást, sem pedig az államra nem hasznos, hogy felebbviteli bíróságait túlságosan megterhelje. Ennélfogva perorvoslatok, a melyek által ez a hátrány elkerülhető, nagyon czélszerűek.

Ezen §-ban csak a felebbviteli perorvoslatok elhárítását czélzó perorvoslatokat fogjuk megismertetni. Azokról, melyek a felebbviteli perorvoslatok pótlására szolgálnak a következő §-ban lesz szó.

II. Két ok van, mint ezt már röviden érintettük is, a melyekből a perorvoslást a felebbvitel elhárítása czéljából ugyanarra a

*tása*» revocatio procuratoris. Ennek segélyével a fél az ügyvédje által elkövetett mulasztások és hátrányos cselekvények ellen nyert orvoslást. Ennek rövid perekben csak itélet előtt volt helye, hosszú perekben az első pervivásban itélet után is, a második pervivásban ellenben, vagyis abban, mely repulsio után következett, szintén csak az itélet előtt. 1729 : 39. tcz. Régebben azonban rövid perekben a perszó másítása itélet után is foglalhatott helyt. 1500 : XV. tcz. 2. §.; H. K. II. 80. — A prohibita, a visszahelyezés perorvoslatának valóságos torzalakja, mely ellen törvényeink szakadatlanul küzdenek. A német közönséges jog nem is ismeri. Itt visszahelyezésnek itélet ellen csak jogerőre emelkedése után volt helye; itélet előtt azonban helyt foglalhatott mulasztások vagy hátrányos cselekvények miatt. Egészben véve pedig a római jognak az in integrum restitutio-ra vonatkozó elveit, melyre nézve igen tanulságos Savigny: System VII. 90—291. l., követték. Wetzel: i. m. 674—701. l. Ujabb jogunk természetesen a visszahelyezés perorvoslatát tetemesen megjavította, a prohibita-t már az 1840 : XV. és XXII. tcz.-kek kiküszöbölték, a perszómásítást pedig későbbi törvények megszorítják, a Terv. pedig egészen elejti. Egyébiránt ennek a főszövegben kifejtett rendszere egészbenvéve megegyezik a *német perrend* rendszerével, melylyel az *osztrák perrend* is rokon.

bíróra lehet bízni, a ki a sértést elkövette. Az egyik, hogy a biró bizonyos esetekben oly körülmények közt sértette meg az alaki és ennek következtében az anyagi jogszabályt is, hogy méltán feltehető róla, mikép, ha hibájára figyelmessé válik, azt önmaga is teszi jóvá; a másik, hogy bizonyos esetekben őt a felsőb biró erre utasítja. Ez a *feloldás* ujabb eljárás elrendelése mellett.

1. Az első oknál fogva azonban az orvoslást a sértő bíróra bízni nem lehet minden esetben, a melybeu a sértő biró saját hibáját önmagától is belátja. Ha ez megengedtetnék, akkor legtöbbször az következnék be, hogy, midőn a biró az egyik féltől a hátrányt elhárítaná, azt a másik fél vállaira róná; s igy míg előbb az egyiknek volt oka panaszra, most a másik emelne panaszt sérelem miatt. Ez utóbbi esetben az orvoslás egy magasabb biró által már elkerülhetlen volna, s igy a czél, hogy a felebbviteli perorvoslat elháríttassék, amugy sem volna elérve. Innen van a perjogoknak egyik alapelve, hogy a *biró saját határozatához kötve van*, azt többé nem változtathatja meg, habár utólag önmaga is belátta, hogy jogszabályt sértett meg. A félnek, a ki a határozatot sérelmesnek tartja, a felsőbb biróságnál kell orvoslást keresnie. Csak kivétel ezen elv alól az, hogy a biró a sértést önmaga orvosolja, midőn az oly természetű, hogy feltehető, mikép a sértés orvoslása folytán a másik félnek nem lesz oka sérelemről panaszkodni. Ez az orvoslás ennélfogva csak a törvény által egyenként felsorolt esetekben foglalhat helyt, melyeknek alapeszméje az, hogy *egészen nyilvánvaló, mikép a biró egy alaki jogszabályt sértett meg s az anyagi jogszabály megsértése ennek csak következménye volt.* De pusztán alaki vagy pusztán anyagi jogszabály megsértése miatt soha sincs helye. A kivételek a mi jogunk szerint a következők:

*a)* A biróság kiigazithatja a határozatába becsúszott *név, szám* és más *efféle nyilvánvaló hibákat.* A rendes perben ezt csak a fél kérelmére teheti (T. 258. §.), de sommás perben (S. E. 123. §.) és a Terv. szerint általában (419. §.), hivatalból is.

*b)* A biróság a fél kérelmére itéletét kiegészíti, midőn a kereseti kérelemnek vagy ellenkérelemnek valamely oly részéről, mely önállóan is eldönthető vagy a mellékkötelezettség avagy a perköltség viselése tekintetében nem intézkedett, vagy az itélet végrehajthatóságát ki nem mondotta. (S. E. 124. §. Terv. 421. §.) *Kiegészítő itélet.* A részletek tekintetében utalunk az idézett

§§-ra, itt csak azt jegyezzük meg, hogy ennek a rendes perben helye nincs.

*c)* A bíróság kijavítja a fél kérelmére az itélet *tényállását* (l. 43. §-t), ha abban hibák, hiányok, ellenmondások vagy homályosságok fordulnak elő, melyek nem név-, szám- és más efféle nyilvánvaló hibák. (*a* pont). Ez azonban csak a Terv. szerint (420. §.) van igy, a jelenlegi rendes és sommás perben ennek helye nincs. A részletektől itt is eltekintünk.

*d)* A biró a Terv. 586. §-a szerint, midőn a fél valamely határozatát felfolyamodással megtámadta, a mennyiben a határozathoz kötve nincs, önmaga is orvosolhatja a sérelmet. (L. 61. §-t).

Ezen kivételek (a—d), csak arra az esetre vonatkoznak, midőn a biró az alaki jogszabályt megsértvén, az érdemben határozott. De nem vonatkoznak arra, midőn a biró a per folyamán az itélet hozatala előtt valamely alaki *jogszabályt* sért meg s a sérelmet az itélet hozatala előtt megfelelő határozattal orvosolja. Ezt a biró mindig, minden megszorítás nélkül teheti. Itt az elv, hogy a biró határozatához kötve van, nem áll fenn, a sérelem itélet előtt nem is nyilvánul mindig határozottan. Az orvoslás czéljából itt nem szükséges, hogy a sértésre a fél a birót figyelmeztesse. Ez, mint tudjuk, a S. E. és a Terv. szerint bizonyos esetekben csak azért szükséges, hogy a fél a magasabb bíróság előtt is kérhessen orvoslást, de nem azért is, hogy az orvoslást maga a biró is nyujthassa.

2. *Feloldás ujabb eljárás elrendelése mellett.* Midőn a felsőbb biró az alsóbb biró határozatát feloldja vagy megsemmisíti — az elnevezés közömbös — s az alsóbb birót ujabb eljárásra, azaz a felek ujabb meghallgatására és ujabb itélethozatalra vagy csak ez utóbbira utasítja s ez az utasításnak megfelelően eljár: szintén nem tesz egyebet, mint orvosolja azt a sértést, melyet valamely jogszabályon elkövetett. Ennek természetét azonban eddig nem ismerték fel. A feloldással csak a felebbvitel körében szoktak foglalkozni, az ezt követő eljárás természetének megitélésére nem helyeztek súlyt. A felodás szem előtt tartott esetében *két biró* által nyujtott orvoslás rejlik. Az egyiket nyujtja a felsőbb biró a feloldó határozatban, a másikat az alsóbb biró abban az ujabb határozatban, melyet feloldás folytán hoz. Az orvoslás ilyetén megosztása a felsőbb és alsóbb bíróság közt abban bírja okát, hogy az orvoslást a felsőbb bíróra egész terjedelmében hárítani nem lehet, mert

sem a felsőbb birósági szervezet, sem pedig az eljárás erre nem alkalmas, s ezeket pedig ahhoz képest módosítani nem czélszerű. Jelenlegi jogunkban ilyen megosztás különböző terjedelemben fordul elő. A rendes perben, ha az alsóbb bíróság nem jól kiderített tényállás alapján itél, vagy más alaki jogszabályt sért meg, a felsőbb bíróság az itéletet feloldja (T. 108. §.), illetve megsemmisíti (N. 40. §.) s ujabb itélethozatalt esetleg ujabb eljárást is rendel el. A sommás perben és a Terv. szerint általában a tényállás helytelen kiderítése miatt nincs helye feloldásnak. Ezt a felebbezési eljárásban a bíróság maga deríti ki. A feloldás itt csak bizonyos alaki sérelmek miatt foglalhat helyt. Ha pedig ezek szerint a feloldást a felülvizsgálati bíróság mondja ki, az alsóbb bíróság az ujabb eljárásban és határozathozatalban alkalmazkodni tartozik a felülvizsgálati bíróság által elfoglalt jogi álláspontho z. (S. E. 204. §.[3]; Terv. 571. §.[3]).[1]

## 65. §. Perorvoslat a pernek ismételt megindítása utján. Semmiségi kereset és perujítás.

I. Már régóta áll fenn az a perjogi tétel, hogy anyagi és alaki szabályok megsértése miatt orvoslást egy más biró nyujt, mint a ki a sértést elkövette. Minthogy az a biró ez utóbbinak eljárását felülbirálja, az tehát emennek föléje van rendelve, s azért maga-

[1] Különös, hogy Plósz többször idézett értekezéseiben az alsóbb birónak a feloldás folytán hozott határozatát nem sorolja a perorvoslás eszközei közé, pedig ez különösen az ő elmélete szerint volna annak tartandó. E szerint ugyanis a perorvoslat abból áll, hogy a felsőbb biró az alsóbbra *kényszert gyakorol* a sértés megszüntetésére. E kényszer «közvetlenül az alsó biró ellen volna alkalmazandó, úgy, hogy mindenek előtt utasíttatnék kötelessége teljesítésére és azután vétetnének ellene kényszereszközök alkalmazásba». De azért az sem vetközteti ki a perorvoslatot jellegéből, ha a felső biró maga hozza meg azt a határozatot, a melyet az alsóbbnak hoznia kellett volna; tehát az, hogy a felsőbb biró reformál és nem cassál, nem változtat a perorovoslat természetén Ötödik Jogászgy. Évk. I. 239. s k. l. Ha azonban tényleg mégis cassál, mint épen a szóban forgó esetekben s az alsóbb biró ujabb határozatot hoz, a fentebbiek szerint épen ezt kell perorvoslásnak tekinteni. Mert ha az ujabb határozat az, ha azt reformatio esetében a felsőbb biró hozza, akkor, ha az új határozatot a cassatio folytán az alsóbb birónak kell meghoznia, az annál inkább tekintendő perorvoslásnak, mert hiszen az alsó biró épen «a közvetlen kényszer» alapján hozza.

sabb vagy felsőbb birónak nevezzük. Rendszerint két felsőbb bíróság van, melyek közül az egyik annak a bíróságnak az eljárását birálja felül, a mely ez ügyben először, elsőfokúlag járt el, a másik, azét, a mely az elsőfokú bíróság eljárását felülvizsgálta, a mely tehát ez ügyben másodfokúlag járt el. Ez a bíróság tehát az ügyben harmadfokúlag jár el. További orvoslást még egy felsőbb harmadik bíróság előtt a törvények sehol sem engednek meg. Ha tehát az alaki vagy anyagi jogszabályon esett sérelmet az a két felsőbb bíróság nem orvosolta, a szabálytalan ítélet véglegesen joghatályossá válik, úgy, hogy ahhoz a jogerő következményei füződnek. Ezt pedig a törvények azért rendelik igy, mert kisebb bajnak tekintik, hogy kivételes esetekben a kétszeri felülbirálás után is szabálytalan itéletek maradnak, mint a minő baj volna az: mindaddig orvoslást engedni, míg mind a két fél a sérelmeket orvosolva nem látja. Az anyagi vagy alaki jogszabály megsértése daczára az itélet jogerőre emelkedik akkor is, midőn a fél felebbezéssel, illetve felülvizsgálati kérelemmel valamely oknál fogva nem élt, mert pl. azt előterjeszteni kellő határidőn belül elmulasztotta, vagy mert arról lemondott.

Vannak azonban esetek, hogy a biró által elkövetett sértés oly természetű, hogy azt nem lehet orvoslás nélkül hagyni, habár már mind a két felsőbb bíróság az ügyet felülvizsgálta vagy az itélet jogerőre emelkedett, a nélkül, hogy a fél felebbezéssel, illetve felülvizsgálati kérelemmel élt volna. Ezzel a jelleggel csak bizonyos *alaki sérelmek* bírnak. Azt szokás mondani, hogy ama alaki sérelmek miatt az itélet *semmis*, s hogy semmiségét még a jogerőre emelkedés sem orvosolja. Ezen a közép-korból származó s még ma is általában követett nézet azonban téves. Egy itélet, épúgy mint más jogi hatásra számított akaratkijelentés, csak akkor semmis, ha az a tervbe vett jogi hatást semmi körülmények közt sem idézi elő. (L. 320. l.). A semmis itéletet tehát a bíróságnak hivatalból nem volna szabad végrehajtani vagy ha ezt mégis megtenné, az ellenfélnek még a végrehajtási eljárás folyamán lehetne az itélet érvényét tagadnia. Tudvalevő azonban, hogy ez a mai jogok szerint nem lehetséges. Csak a felebbezési, illetve felülvizsgálati eljárás folyamán történhetik meg, hogy a bíróság bizonyos alaki sérelmek miatt az itéletet hivatalból félre tenni tartozik. Semmiség a szó igazi értelmében csak ezen irányban forog fenn. De, miután a jogerős itéletet minden bíróság további eljárása alapjául elfogadni

tartozik, a mennyiben külsőleg mint itélet jelentkezik, nem mondhatjuk, hogy az bizonyos alaki sérelmek miatt semmis volna. Ennek az itéletnek csak megdöntése van megengedve. Annak a félnek, a ki akarja azt, hogy a jogerős itélet amaz alaki sérelmek miatt *hatályát veszítse*, azt erre a czélra rendelt különös perorvoslat utján kell megtámadnia. Más úton ezen itélet ellen védekezni nincs megengedve, ahhoz, a szabálytalanság daczára is a jogerő összes következményei füződni fognak.

Az alaki jogszabály megsértése önmagában véve soha sem elegendő ok arra, hogy a miatt a jogerős itélet hatályától megfosztassék. Ehhez az szükséges, *hogy az alaki jogszabály megsértése miatt az anyagi jogszabály is meg legyen sértve.* Ha a szabálytalanul létre jött jogerős itélet a felek cselekvését a jogviszony tekintetében helyesen határozza meg, tehát, ha az anyagi jogszabály nincs megsértve, akkor nincs ok, hogy pusztán a szabálytalanság miatt az itélet még jogerőre emelkedése után is hatályon kivül helyeztessék, mert ha a szabálytalanság orvosoltatnék is, ismét csak a korábbival azonos tartalmú itéletet kellene hozni. De pusztán az anyagi jogszabály megsértése sem elegendő ok a jogerős itéletnek hatályon kivül helyezésére. A kettős sértésnek tehát együttesen kell fenforognia, úgy, hogy az anyagi jogszabály megsértése, következménye legyen az alaki jogszabály megsértésének. Ez mindig feltételeztetik, valahányszor jogerős itélet hatályon kivül helyezéséről alaki sérelem miatt beszélünk.

Két módon volna lehetséges, a most kifejtett következménynyel járó alaki sérelmek miatt, jogerős itélet ellen perorvoslatot nyujtani. Az egyik az volna, hogy az itélet még egy, a harmadbiróság fölé rendelt biróság által felülvizsgáltatnék. Mint azonban érintettük, a törvények ma kivétel nélkül csak három fokú biráskodást ismernek, ennélfogva az orvoslás ilyen módon ki van zárva. A másik mód, melyet a törvények általában követnek, az, hogy a félnek ama alaki sérelmek miatt a *pernek újból való megindítását megengedik.* Tudjuk, hogy az itélet jogerőre emelkedése után ugyanazon ügyben ujabb pernek nincs helye. Itt azonban a törvények ezt kivételesen megengedik, mert azt a szabálytalan itéletet megdönthetlennek tekinteni még sem akarják s mert megdöntésére más alkalmasabb mód nem kinálkozik. A fél tehát egy *kereset* útján kéri az alaki sérelmek miatt az itélet ellen az orvoslást. Ennélfogva ezt a perorvoslatot *semmiségi keresetnek* szokás

nevezni. Ez az elnevezés azonban helytelen, mert az ezen keresettel megtámadott itélet nem semmis, pedig egyedül ezért nevezik semmiségi-nek. E kereset egy érvényes itéletnek csak a hatályon kivül helyezésére, megsemmisitésére irányul.

Jogerős itéletnek megtámadása kereset útján bizonyos alaki sérelmeken kivül más esetekben is van megengedve. Ilyen nevezetesen a *visszahelyezés perujitás* útján. Tudjuk, hogy méltányossági okokból meg van engedve a félnek, mikép a perben elkövetett azt a mulasztását, hogy a bizonyító eszközöket nem nevezte meg, az itélet jogerőre emelkedése után is pótolhassa. E pótlás itt is kétféle módon történhetnék, vagy egy a harmadfokú bíróság fölé rendelt bíróság előtt vagy pedig a pernek ujból való megindítása által. A törvények itt is kivétel nélkül ezt az utóbbi módot követik. Ennélfogva az erre a czélra szolgáló perorvoslatot *perújitásnak* nevezik.

Nyilvánvaló, hogy semmiségi kereset és perujítás közt csak az orvoslás okában van különbség. Amott az orvoslás oka egy a biró által elkövetett alaki sértés, emitt a félnek mulasztása. Amott egy szabálytalanul létrejött, habár érvényes itélet helyeztetik hatályon kivül, emitt pedig méltányossági okokból egy teljesen szabályos itélet. *De azért a perorvoslat jogi természete mind a két esetben ugyanaz, mert mind a két esetben egyaránt egy jogerős itélet fosztatik meg joghatályától a pernek ismételt megindítása által.*

Hogy mely esetekben van helye visszahelyezésnek perujítás alakjában, azt az előző §-ban kifejtettük. A következő pontban csak azon alaki sérelmeket kell főbb vonásokban megismertetni, melyek miatt a jogerős itélet megsemmisítése van megengedve, s mely czélra rendszerint a semmiségi kereset neve alatt engedtetik meg, a pert ujból megindítani. Meg kell azonban jegyeznünk, hogy sokszor perujítás czime alatt nemcsak visszahelyezés kérhető a fél mulasztása miatt, hanem orvoslás bizonyos alaki sérelmek miatt is.[1]

[1] Az uralkodó felfogás szerint sem a semmiségi kereset sem a perujítás nem perorvoslat. Ezt kellően megindokolni különösen Plósz kisérelte meg. Érvelésének lényegét abban lehet összefoglalni, hogy ama eszközök nem perorvoslatok, mert általuk «nem a sértett perbeli jog érvényesíttetik, hanem az itélet hatálya erőtleníttetik vagy érvénytelenittetik meg. Úgy tárgya, mint alapja e jogorvoslatnak, a peren kívül áll. E jogorvoslatok csak

II. Azok az alaki sérelmek, melyek alapján a pernek ismételt megindítása megengedtetik, jobbára mindenütt ugyanazok. A felsorolásnál természetesen első sorban saját hazai jogunkat fogjuk szem előtt tartani. A N. 50. §-a szerint az ismételt perindítás semmiségi kereset neve alatt csak azon alaki sérelmek miatt van megengedve, hogy az alperes nem volt szabályszerűen megidézve vagy általában a félnek személyes részvétele a perben nem volt törvényes, mert törvényes képviselője mellőztetett vagy a félnek képviselete a perben nem volt törvényes, mert nem a törvényes képviselője járt el vagy pedig olyan egyén, a ki nem volt meghatalmazva. Ezen eseteknek az alapeszméje az, *hogy a bíróság valakivel szemben ítéletet hozott, a nélkül, hogy őt meghallgatta volna, illetve neki a perben való nyilatkozásra törvényszerűen módot nyujtott volna.* Az alaki sérelmeknek egy másik csoportjában azonban, jelenlegi jogunk *perujítás* neve alatt engedi meg a pernek ismételt megindítását. Ebbe a csoportba tartoznak *a bíróság, az ellenfél, valamelyik perbeli képviselő vagy más személy pl. tanuk, szakértők stb. által elkövetett bűncselekvények.* (N. 69. §. 3., T. 321. §.) Kétségtelen, hogy ha egy itélet, a mely úgy, a mint meg van hozva, valakinek bűncselekvénye folytán jött létre, nem tekinthető szabályosnak. A perjog szelleméből önként foly, habár nincs is külön kifejezve, hogy az itélet csak annyiban tekinthető szabályosnak, a mennyiben az eljárás folyamán senki bűncselekvényt nem követett el. Ha ez megtörtént, az eljárási szabályok sértettek meg, tehát alaki sérelem forog fenn. S ha e miatt az egyik fél pervesztessé vált, nagyon méltányos, hogy neki orvoslás még az itéletnek jogerőre emelkedése után is ismételt perindítás alakjában megenged-

annyiban nevezhetők jogorvoslatoknak, a mennyiben pl. a végrendelet érvénytelenítési vagy a szerződésnek csalás vagy felén túli sérelem alapjáni megerőtlenítésre irányuló keresetet, azaz a keresetet általában jogorvoslatnak nevezzük.» Ötödik Jogászgy. Évk. I. 253. l. Ezen érvelés azonban téves. A fél a perbeli orvoslatnál nem érvényesít perbeli jogosítványt, mit munkánk folyamán már több ízben megvilágítottunk. Másrészt pedig az itélet megtámadását nem lehet a jogügyletek megtámadásával egyenlő szempont alá vonni. Plósz abból a helytelen felfogásból indul ki, hogy a jogerős itélet épúgy létesít *magánjogi* viszonyt a felek közt mint egy jogügylet, a mint tehát ezt lehet keresettel megtámadni épúgy lehet a jogerős itéletet is. De tudjuk, hogy a jogerős itélet ilyen jogviszonyt a felek közt nem létesít s így annak olyan módon való megtámadásáról mint a jogügyleteknél szó sem lehet.

tessék. A bűncselekvény általában képez alaki sérelmet, és nemcsak akkor, ha azt a bíróság vagy valamely segédközege követte el, hanem akkor is, ha azt az ellenfél, valamely perbeli képviselő vagy egy harmadik személy követte el. Ahhoz, hogy a biró eljárása és itélete alakilag sérelmesnek tekintessék, nem kivántatik a biró *vétkessége* vagy épen *rosszhiszeműsége*, ennélfogva az alaki sérelem akkor is fenforog, ha a biró jóhiszeműleg egy más személynek bűncselekvény folytán létrejött perbeli cselekvényét, eljárásának alapjául elfogadja.

A Terv. ezen a két csoporton kívül, még az eseteknek egy harmadik csoportját is ismeri, a melyekben alaki sérelem miatt perorvoslatnak van helye a per ismételt megindítása utján. Ide tartoznak: *hogy a bíróság nem volt szabályszerűen megalakitva vagy hogy az itélet hozatalában a törvénynél fogva kizárt biró vett részt.* (Terv. 595. §. 1. 2.) Az orvoslás kiterjesztése az esetek ezen harmadik csoportjára különösen akkor méltányos, midőn ezen szabálytalanságok a harmadfokú bíróságnál fordultak elő. Ezen esetben a fél jelenlegi jogunk szerint egészen védelem nélkül marad.

A határidőt illetőleg, melyen belül a per ezen három csoportba tartozó alaki sérelmek miatt megindítandó, különbséget kell tenni egyrészt az első, másrészt a második és harmadik csoport közt. A N. 69. §-nak 3. p. szerint bűncselekvény miatt az uj per a jogerőre emelkedéstől számított 10 éven belül indítandó meg, a Terv. 600. §-a szerint a másod és harmadik csoportba tartozó esetekben az uj pert a jogerőre emelkedéstől, illetve azon naptól számított 60 napon belül, a melyen az alaki sérelemről tudomást nyert vagy pedig abba a helyzetbe jutott, hogy azt érvényesíthesse, kell megindítani, de semmi esetre sem 10 éven túl. Világos tehát, hogy úgy a N. mint a Terv. eseteiben, habár a részletekben különböző elvek szerint, a jogerőre emelkedéstől számított 10 év elteltével semmiféle orvoslásnak többé helye nincs. Az itéletet tehát még ismételt perindítás útján sem lehet többé megtámadni. Másképen áll a dolog az alaki sérelmek első csoportjába tartozó eseteknél. Itt a fél a N. 50. §-a szerint 30, a Terv. 600. §-a szerint 60 napon belül, azon naptól számítva, melyen ellene a végrehajtás foganatosíttatott, illetve a melyen az alaki sérelemről értesült, még a jogerőre emelkedéstől számított 10 év eltelte után is bármikor megtámadhatja az itéletet per útján. A törvény tehát nem engedi

meg azt, hogy bizonyos idő elteltével megtámadhatlanná váljék az az itélet, melyet a bíróság a fél ellen a nélkül hozott, hogy azt törvényes úton meghallgatta volna, míg ellenben a bűncselekvény folytán vagy törvénytelen biró által hozott itélet a jogerőre emelkedéstől számított 10 év elteltével egyszer mindenkorra megtámadhatlanná válik.[1]

III. Mint az első pont végén említettük, az a per, mely az itélet jogerőre emelkedése után indíttatik bizonyos alaki sérelmek orvoslására, semmiben sem különbözik attól, a melylyel a fél bizonyos mulasztás miatt támadja meg a jogerős itéletet. S így semmi alappal sem bír azon, még a közép-korból származó szokás, hogy az előbbi esetben a megismételt pert semmiségi pernek, illetve semmiségi keresetnek, az utóbbiban perujitásnak nevezik. Teszi ezt a mi jelenlegi jogunk is, a nélkül, mint az előző pontban kifejtettük, hogy az elnevezést következetesen használná, mert bűncselekvény miatt is perujitásnak van helye, annak daczára, hogy alaki sérelem forog fenn. Mi ennélfogva csak helyeselni tudjuk a Terv.-ben követett felfogást, mely szerint az összes esetek, melyekben jogerős itélet uj per útján megtámadtatik, egy névvel, *a perujitás* névvel jelöltetnek. (VI. czím.) Ez egyrészt azért helyes, mert semmiségi kereset nincs is, mivel a megtámadott itélet nem semmis, másrészt pedig azért, mert az orvoslás tényleg mind a két esetben a pernek megujitása által nyujtatik.[2]

A perujitás és ha a semmiségi kereset elnevezést elfogadjuk, a semmiségi kereset is, *valóságos perorvoslat*. Ez, habár legtöbben tagadják, nem vonható kétségbe, ha a perorvoslat egyedül helyes ismérvét szem előtt tartjuk. A perorvoslat lényege a közvetlen orvoslásban áll, vagyis abban, hogy a hátrány a félre nézve sérelmes határozat hatályon kívül helyezése és esetleg más megfelelő határozatnak hozatala által orvosoltatik. Miután pedig ezzel a jelenséggel a perujitásnál, illetve a semmiségi keresetnél is találkozunk, ennélfogva ezek is perorvoslatok. Ez ellen nem lehet felhozni azt, hogy azért nem perorvoslatok, mert nem egy felsőbb biró nyujtja az orvoslást, hanem ezt a fél csak egy uj pernek megindítása által nyeri. Az orvoslás ez a módja ugyanis tisztán csak czél-

[1] V. ö. még Fodor-Márkus: i. m. I. 525. s k. ll.

[2] L. még a Terv. helyes, a lényegben felfogásunkkal megegyező indokolását 82. s k. l.

szerűségi kérdés és nem olyan, mely a perorvoslat fogalmát érintené. A helyett, hogy az állam az orvoslás czéljára egy magasabb bíróságot szervezne, megnyitja újból a fél részére az instanciákat. Egyébiránt ezen az orvoslás czéljából megujított per lényegesen eltér az első ízben megindított pertől, az *alap-pertől*. Ez az utóbbi soha sem indítható meg más bíróság előtt, mint a mely annak első fokú elbirálására hivatva van (T. 54. §.), míg ellenben a perujításra nézve, legalább a Terv. szerint ez nem áll így. Ennek 599. §-a szerint a perujítási kereset rendszerint azon bíróság előtt indítandó meg, melynek jogerejű itélete megtámadtatik. Megindítható tehát, a részletezéstől eltekintünk, a másod, illetve harmadbíróság előtt is. Továbbá az ujtíott perben a kérdés soha sem tárgyaltatik oly tág körben, mint ez az alap-perben lehetséges. Ott a bíróság első sorban azt dönti el, fenforog-e az az ok, melyet a fél a perujítás okául felhozott. Ha azt találja, hogy ez fenforog, dönti el a másik kérdést, vajjon a perujítási ok mellett az itéletben az anyagi jogszabály jól van-e alkalmazva vagy sem. Ehhez képest a megtámadott itéletet *helybenhagyja* vagy *megváltoztatja*. Azt azonban a bíróság nem vizsgálhatja, vajjon az anyagi jogszabály más oknál fogva van-e helyesen alkalmazva. A bíróság, ez természetesen csak a felsőbb bíróságra vonatkozhatik, az ujított perben nem oldhatja fel a megtámadott jogerős itéletet akár úgy, hogy ujabb eljárást rendelne vagy pedig ezt beszüntetné, mert ennek csak addig van helye, míg az itélet jogerőre nem emelkedik. Ha pedig a bíróság azt találná, hogy a fél által felhozott ok nem alkalmas a perujításra, a perujítási keresetet itélettel visszautasítja. (Terv. 604. §[1]).

IV. A perujítás és a semmiségi kereset, perorvoslatok, oly hátrányok orvoslására, melyeket más pervoslatok útján elhárítani nem volt alkalom. Más szavakkal csak *kisegítő perorvoslatok*. Nem is helytelen, erre való tekintettel, a többi perorvoslatokat *rendes*, a perujítást és semmiségi keresetet *rendkivüli* perorvoslatoknak nevezi. (L. 331. l.) Hogy mennyiben lehet alkalma a félnek az orvoslást a rendes perorvoslatok útján szerezni, az természetesen a rendes perorvoslatok szerkezetétől függ. Igy jelenlegi jogunk szerint, a fél a rendes perben, a felebbezési eljárás folyamán nem hozhatván fel uj tényeket, nem is nyerhet felebbezés útján visszahelyezést azon czímen, hogy az első fokú biró előtt bizonyos tényeket felhozni elmulasztott. Az alaki jogszabályok megsértése

miatt azonban a fél, jelenlegi jogunk szerint is, a rendes perorvoslatok útján nyerhet orvoslást, kivéve, ha ama sértéseket a harmadfokú bíróság követte el. És mégis, jelenlegi jogunk nem kivánja a féltől, midőn semmiségi keresetet indit vagy perujitással él, annak kimutatását, hogy az alaki sérelmet a rendes perorvoslatok utján orvosoltatnia nem állott módjában. Ez kétségkivül helytelen, s ennek következtében a semmiségi kereset és perujítás kivételes perorvoslati természete nem jut kifejezésre. A Terv.-ben már helyesebb megoldást találunk. E szerint a fél perujítással sikeresen csak azon feltétel alatt élhet, ha a perujítási okot az alapperben felebbvitellel, ellenmondással vagy igazolással hibáján kivül nem érvényesithette. (596. §.)[1]

[1] Régi perjogunk szerint a fél jogerős itélet ellen alaki sérelmek miatt egy sajátszerű «perorvoslattal», *ellenmondással* — oppositio — élhetett, melynek következtében a győztes fél arra volt szorítva, hogy az ellenmondó fél ellen, az ellenmondás okának adására pert indítson. (L. 321. l. jegy). Visszahelyezést pedig a fél, mint az előző §-ban kifejtettük, perujitás útján nyert azon itélet ellen, mely jogerőre emelkedett és végre is lett hajtva. A T. (1868 : LIV. tcz.) az alaki sérelmek orvoslására azt az utat választotta, melyet ma, miként a főszövegben kifejtettük egyetlen egy állam sem követ, s mely szerint az orvoslást egy erre a czélra rendelt különös bíróság, a *semmitő szék* nyujtotta. Ez a bíróság közvetlenül nyujtott orvoslást alaki sérelmek miatt, akármelyik bíróság, akár az első akár a másod akár pedig a harmadfokú bíróság követte el a sértést. Ezen legutóbbi esetben a semmitőszék mint negyedfokú bíróság itélt. Az orvoslás tehát még a harmadfokú bíróság itélete ellen sem adatott a *pernek ujból való megindítása*, az instanciaknak ujból való megnyitása által. Ennélfogva nincs semmiségi kereset, hanem van csak általában semmiségi panasz. — A N. által meghonosított s a főszövegben megismertetett rendszer, melynél fogva az itélet jogerőre emelkedése után az alaki sérelem orvoslása a per megismétlése útján kérendő, azonos *a jelenlegi német perrend* rendszerével, bár az esetek, melyekben a semmiségi kereset megindítható, több pontban mások és nagyobb számuak (542. §.), mint a mennyit a N. 50. §-a ismer. Ha az alaki sérelem oka bűncselekvény, a német perrend szerint is (543. §. 1—6. p.) ép úgy mint a N. §-ának 3. p. szerint perujításnak van helye, mely e mellett a fél mulasztásának orvoslására is a korábbi jogállapotba való visszahelyezés által szolgál. A Terv. rendszere a német perrendétől annyiban tér el, hogy egészben véve ugyanazokat az eseteket, melyeket a német perrend két különböző nevű kereset közt oszt meg csak egy kereset, a perujítás alá foglalja. — A *német közönséges jog* szerint, alaki sérelmek orvoslására — nullitas, defectus insanabilis — melyek orvoslását nem kellett felebbezés útján a felebbezési határidőn belül kérni, egy külön

V. A semmiségi kereset, illetve a Terv. szerint a perujitás, a per folyamán létre jött jogügyletnek, a *birói egyezségnek* is hatályon kívül helyezésére szolgálnak. (N. 50. §., Terv. 595. §.) Ekkor azonban ezek a keresetek *nem perorvoslatok*, hanem közönséges, a per megindítására szolgáló keresetek. Egy perbeli kérelem, a mely nem valamely birói határozatnak, hanem a felek közt, habár birói közreműködéssel létrejött jogügyletnek megdöntésére irányúl,

orvoslat, a semmiségi panasz — *querela nullitatis* — szolgált (l. 333. l. jegy), melyet a fél *választása* szerint, az elévülési időn belül, akár a sértő, akár pedig a fölöttes biró előtt emelhetett. Ez azonban vitás volt, mert számos iró szerint a panasz elintézésére csak a felsőbb bíróság birt volna hatáskörrel. WETZEL: i. m. 810. s k. l. — Az *osztrák perrend* a lényegre nézve megegyezően a német perrenddel egyes eseteket a semmiségi kereset, másokat a perujitás alá foglal. (529., 530. §§.) — A *franczia perrend* szerint a perorvoslat, melynek segélyével orvoslás a per ismételt megindítása által nyujtatik, a *requête civile*. Ennek alapeszméje az, hogy a bíróság felebbezéssel meg nem támadható határozatát önmaga vonja vissza és pótolja más megfelelő határozattal, melyet *tévedésből* hozott, akár a fél, akár pedig saját maga volt oka tévedésének. A fél oka a bíróság tévedésének, midőn az ellenfél csalárdul járt el, midőn az ellenfél hamis *okiratokat* használt vagy döntő okiratokat, melyeket kiadni tartozott volna, habár nem is csalási szándékkal, visszatartott és végül midőn az állam, köztestületek vagy kiskoruak perében ezen személyek nem voltak kellően képviselve. A biró saját maga oka tévedésének, midőn elmulasztott valamely pont fölött határozni, midőn az itélet rendelkezésében ellenmondás van. A törvény azért rendeli, hogy ezen esetekben az orvoslást az a bíróság nyujtsa, mely a sérelmes határozatot hozta, mert feltételezi, hogy a biró, ha tévedése felül felvilágosíttatik, önmaga fogja határozatát kiigazítani. Ezen feltételezés mellett requéte civile-nek akkor is van helye, midőn a biró általában valamely alaki jogszabályt tévedésből sértett meg, midőn tévedésből itélt a fél kérelmén túl vagy midőn tévedésből a bíróság ugyanazon ügyben két ellentétes határozatot hozott. Ha azonban a biró az alaki jogszabályt nem tévedésből, hanem az eset összes körülményeinek ismerete mellett sértette meg, nem reqète civile, hanem semmiségi panasz, pourvoi en cassation, az orvoslás eszköze. L. a perr. 480., 481. cz.-két, továbbá GARSONNET: i. m. V. 553—569. és 602—614. ll. Az előadottak szerint a requéte civile perorvoslat, a bíróság tévedéséből származó alaki sérelmek orvoslására és soha nem szolgál a fél mulasztásának orvoslására, mely abból áll, hogy a fél bizonyító eszközeit, névszerint okiratait a perben, habár hibáján kívül is, nem hozta fel. Szóval a requéte civile *nem a visszahelyezés* eszköze a fél mulasztása miatt. S ebben rejlik közte, s Tervezetünk perujítása közt a legfőbb különbség. A franczia jog egyáltalában nem ismer visszahelyezést a per megujítása alakjában azon a czímen, hogy a fél bizonyító eszközeit, nem

nem perorvoslat, hanem kereset, melylyel a per a bíróságnál folyamatba tétetik. A birói egyezség itt egészen egyenlő szempont alá esik a választott bíróság határozatával; ennek megdöntése sem történik perorvoslat, hanem kereset útján (l. 21. l.). E felfogás helyessége kitünik abból is, hogy a birói egyezség megdöntésére szolgáló perujítás a Terv. szerint is, mindig az első fokú bíróság előtt indítandó meg (599. §[3].), holott más esetekben a körülményekhez képest, azt a felsőbb bíróságnál kell folyamatba tenni.

felebbezhető itélettel elintézett perben felhozni elmulasztotta. Visszahelyezést ujitott per alakjában, miután az itélet felebbezéssel már meg nem támadható, csak egy esetben enged, s ez az, midőn a fél képviselője különös felhatalmazás nélkül a perben valamely nyilatkozatot tett a melyhez a törvény különös felhatalmazást kiván. Ilyen pl. a perbeli beismerés. Az ilyen nyilatkozat visszavonására szolgáló kereset a *l'action du désaveu* Perr. 352—362. sz.

# TARTALOM.

Lap

Előszó ... 3

ELSŐ FEJEZET.

## Általános tanok.

1. §. A polgári per fogalma ... 5
2. §. A pertől különböző eljárások. *A)* A végrehajtás ... 11
3. §. *B)* Szinleges perek ... 13
4. §. A perbeli cselekvények fogalma ... 22
5. §. A peres felek cselekvényei ... 24
6. §. A bíróság perbeli cselekvényei ... 33
7. §. A perbeli cselekvények jogi természete ... 39
8. §. Nézetek a per jogi természete felől ... 46
9. §. A perbeli cselekvények alakja ... 70
10. §. Különösen a per vegyes alakja ... 75
11. §. A vegyités első rendszere ... 78
12. §. A vegyités második rendszere ... 85
13. §. A per vegyes alakjainak birálata ... 89
14. §. A per szerkezete. *A)* Határnapok és határidők ... 94
15. §. *B)* Az eshetőségi elv ... 98
16. §. *C)* A perbeli cselekvények elkülönitésének elve ... 103
17. §. *D)* Közvetlenség és közvetettség ... 108
18. §. Rendes és kivételes szerkezetü perek. Különösen a kölcsönös meghallgatás elvének korlátozása ... 111
19. §. Kivételes szerkezetű perek más elvektől való eltérés alapján ... 117
20. §. Nyilvánosság ... 122
21. §. Perköltség ... 127

MÁSODIK FEJEZET.

## Perbeli cselekvények a per elháritása körül.

22. §. Perelőfeltételek ... 139
23. §. A peralapitás előfeltételei. Különösen eljárás a per elháritása körül ... 141

HARMADIK FEJEZET.

## A pert megalapitó cselekvények.

Lap

24. §. A peralapitásról általában és a peralapitást előkészitő cselekvények ... 148
25. §. A peralapitó cselekvények. *A)* A kereset ... 154
26. §. Folytatás. A kereset fajai. Különösen kereset elmarasztalás iránt 158
27. §. Folytatás. Kereset megállapitás iránt ... 160
28. §. *B)* Parancs az alpereshez nyilatkozásra ... 170
29. §. *C)* Perbebocsátkozás ... 171
30. §. A perbebocsátkozás következményei ... 175

NEGYEDIK FEJEZET.

## A pert lebonyolitó cselekvények.

31. §. Általában ... 181
32. §. A per folyamán előforduló nyilatkozatok tartalma. Különösen az alperes perbebocsátkozó nyilatkozatának tartalma ... 182
33. §. A per folyamán előforduló többi nyilatkozatok ... 190
34. §. A bizonyitásról általában. Fogalommeghatározások ... 193
35. §. Nyilatkozás a bizonyitó tényekre és eszközökre ... 200
36. §. A perbeli beismerés ... 205
37. §. A bizonyitási teher. A bizonyitási teher szabályai ... 218
38. §. Kivételek a bizonyitási teher szabályai alol ... 224
39. §. Fő- és ellenbizonyitás ... 229
40. §. A bizonyitási teher jogi természete ... 231
41. §. A bizonyitó eszközök észlelése ... 237
42. §. Következtetés a bizonyitó tényekből. Kötött és szabad bizonyitás 241

ÖTÖDIK FEJEZET.

## Az itélet.

43. §. Az itélet fogalma ... 251
44. §. A jogerős itélet és hatásai ... 261
45. §. Különösen a jogerős itélet hatásai egy ujabb perre ... 266
46. §. A jogerős itélet hatásainak terjedelme ... 272

HATODIK FEJEZET.

## A perbeli cselekvények elmulasztása.

47. §. A mulasztás fogalma ... 283
48. §. A fél perbeli cselekvényeinek elmulasztása ... 284
49. §. Mulasztás a peralapitás körül ... 286

Lap
50. §. Makacssági itélet ... 294
51. §. Mulasztás a kifogások és ellenkifogások körül ... 298
52. §. Nyilatkozás elmulasztása közvetett bizonyitó tényekre és bizonyitó eszközökre ... 304

HETEDIK FEJEZET.

## Perorvoslatok.

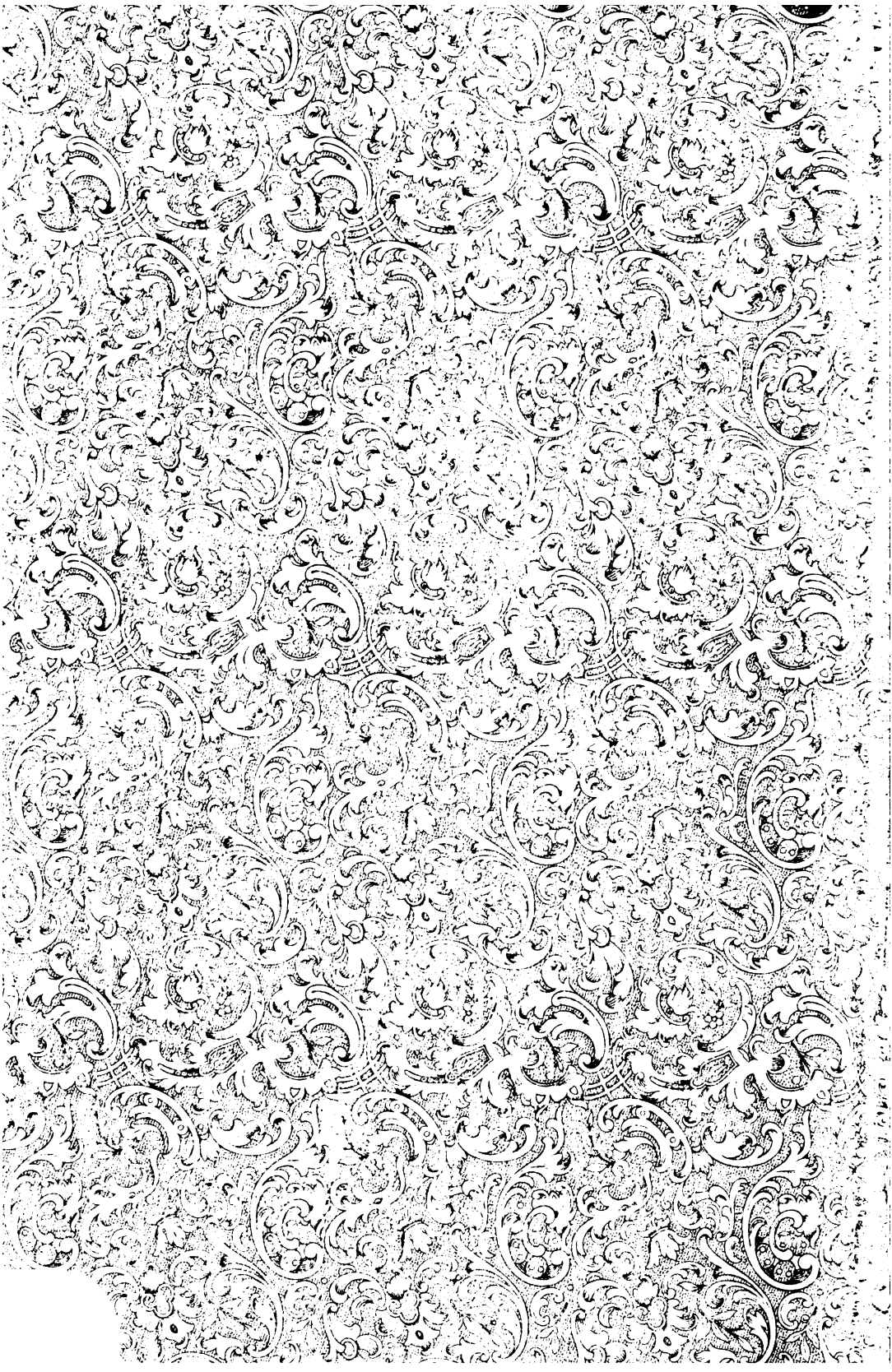
53. §. A perorvoslat fogalma ... 310
54. §. A perorvoslatok okai. Különösen az anyagi és alaki jogszabályok megsértése ... 318
55. §. Az orvoslást nyujtó biróságok és a perorvoslatok fajai ... 329

A) *Perorvoslatok magasabb bíróság előtt.*

56. §. Felebbezés ... 332
57. §. A felebbezési eljárás ... 336
58. §. Felülvizsgálat ... 340
59. §. A felülvizsgálati eljárás ... 353
60. §. A felebbezés és felülvizsgálat korlátozása ... 357
61. §. Felfolyamodás ... 359

B) *Perorvoslatok ugyanazon bíró előtt.*

62. §. A félnek visszahelyezése a korábbi jogállapotba ... 366
63. §. Folytatás. Különösen igazolás, ellenmondás, perujitás ... 372
64. §. A felebbvitel elháritására szolgáló perorvoslatok ... 378
65. §. Perorvoslat a pernek ismételt megindítása utján. Semmiségi kereset és perujitás ... 382



HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

APR 01 2002

JUN 10 2002